الجـامعة الاسـلامية في لبنـان

كليـة الحقـوق

# استقلالية اتفاق التحكيم في القانون العراقي

## (دراسة مقارنـة)

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

إعداد الطالب

علي إحسان ارحيم شبانـي

لجنة المناقشة

| | |
|---|---|
| الأستاذ الدكتور عبده غصوب | رئيساً |
| الأستاذ الدكتور سامي منصور | عضواً |
| الدكتورة ريما فرج | عضواً |

خلدة ٢٠١٤

إنَّ كليَّة الحقوق في الجامعة الإسلامية في لبنان غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تُعبِّر عن رأي كاتبها فقط.

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ
أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾

{سورة النساء : الآية ٣٥}

صدق الله العظيم

# الإهداء

**إلى** من زرعني بذرة... واعتنى بي إلى أن قطفني ثمره بعطفه وحنانه...

**أبي...**

**إلى** من هي أحب إليّ من نفسي، إلى من أطلب رضاها ما حييت...

**إلى** من وهبتني نور الحياة فأنارت دربي... إلى ينبوع الحنان والمحبة...

**أمي...**

**إلى** القلوب التي تخفق حولي حباً أبداً... إلى الورود التي تحيط بي وتبعث في نفسي الأمل..

**إخواني وأخواتي...**

**إلى** من أرى التفاؤل بعينيه ... والسعادة في ضحكته.. إلى شعلة النور والذكاء...

**عمي الدكتور (أبو جمانة) ...**

**إلى** كل من كان له الفضل عليَّ ولو بحرف أو نصيحة أو مساعدة أو دعاء ليوفقني الله عزّ وجلّ... فكانوا مثالاً للوفاء والإخلاص...

**إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع.**

علي الشباني

# شكر وتقدير


الحمد لله الذي بحمده يستفتح كل كتاب، وبذكره يصدر كل خطاب، وبحمده يتنعم أهل النعم في دار الثواب، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد ﷺ وعلى آل بيته الأطهار، هداة الأمة، وعلى أصحابه المنتجبين.... صلاةً وسلاماً تنقذنا من هول المطلع يوم العرض والحساب... وبعد...

اعترافاً بالفضل لأهل الفضل وعرفاناً مني بالجميل والوفاء، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل **الدكتور عبده غصوب**، على ما أبداه لي من رعاية أبوية من خلال التوجيهات والملاحظات العلمية، وتحمّل معي العناء حتى يغدو هذا الجهد كما هو عليه الآن، فجزاه الله خير الجزاء، وأدامه ذخراً لطلاب العلم والمعرفة، أنه هو السميع المجيب..

كما يطيب لي أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل والمتمثلين **بالقاضي الأستاذ الدكتور سامي منصور والدكتورة ريما فرج**، لتفضلهم مشكورين بقبول مناقشة رسالتي ولكل ما سيقدمونه من ملاحظات وتوجيهات والتي ستصب حتماً في مصلحة البحث، فجزاهم الله عني خير جزاء المحسنين .

كما أن واجب الوفاء والإخلاص يحتّم عليَّ أن أقدم خالص شكري وتقديري وامتناني إلى كل إخوتي وزملائي ممن أعانوني خلال فترة كتابة البحث، وأخص منهم الأخ والزميل العزيز حسنين جبار شكير، لمساعدتهم لي وتقديم يد العون، من خلال النصائح القيّمة والتوجيهات السديدة، فجزاهم الله عني خير الجزاء، وأوفر الجزاء، داعياً الباري لهم بالسداد والتوفيق.

**وفق الله الجميع وسدد على طريق الخير خطاكم**

الباحث

# المقدمة

أصبح التحكيم حالياً من أهم الوسائل القانونية والتي اتسع نطاقها حتى عمَّ الاعتراف بها، وتنظمها –قانوناً– معظم دول العالم، رغم اختلاف أنظمتها القانونية وظروفها الاقتصادية، وذلك بهدف تحقيق العدالة بين المتنازعين. يؤكد هذا القولَ الإقبالُ المتزايد بين المتعاملين، سواء بالتجارة الدولية أو الداخلية، وذلك بسعيهم لحل المنازعات الناجمة عن تعاملاتهم عن طريق التحكيم.

لقد كان لتزايد الدور الاقتصادي _في المعاملات الدولية المعاصرة_ وانتقال القيم الاقتصادية عبر حدود الدول في العقود المعاصرة دوره المؤثر، ما أسبغ على هذه المعاملات سمات خاصة. ولم يكن ذلك الانعكاس إلا لأهمية التجارة الدولية، وظهور أشكال جديدة في المعاملات الدولية طغت أهميتها على العقود العادية، وخاصةً في عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التعاون الصناعي، وعقود الشركات المشتركة، وبدأت هذه العقود _وغيرها_ تنتشر في معظم الدول، منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين، واقترنت بها عادات ومصطلحات حديثة، حيث اقتضى الفصل في المنازعات المتعلقة بها إدراك السمات المميزة لها، والإلمام بمقتضيات هذا النوع الجديد من المعاملات الدولية. كما وجد أطراف هذه المعاملات ضالتهم في محكَّمين _ يمكنهم الاتفاق على تسميتهم _ للفصل فيما يثور بينهم من منازعات بشأنها، وتلعب إرادتهم دوراً كبيراً في تنظيم العمل التحكيمي، بدءاً من الاتفاق على التحكيم وتحديد نطاقه، وبيان الموضوعات التي تحل عن طريقه، وإجراءاته، والدولة التي يتم فيها التحكيم، والقانون الذي يحكم النزاع شكلاً وموضوعاً. ولعل السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى أن التحكيم يمثل إرادة أطرافه، سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وهذا الاختيار من قبل الأطراف له أثره الفعّال سواء في تقبل حكم التحكيم أو تنفيذه.

ولما تقدم، اهتمت الدول الغربية والعربية على السواء بالتحكيم، فمنها من خصص له قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، ومنها من خصص له باباً مستقلاً في تشريعاتها المنظمة للتقاضي، مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

كما اهتمت الدول بالتصديق على اتفاقيات دولية مبرمة في شأن التحكيم، ولعل أهمها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والموقعة في مدينة نيويورك في عام ١٩٥٨[١]، والتي انضمت إليها لبنان بعد التصديق على أحكامها في ٣ نيسان ١٩٩٧، ومصر في ٧ مارس ١٩٥٩.

وفي نفس السياق وضعت لجنة القانون التجاري _التابعة للأمم المتحدة_ قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي في عام ١٩٧٦ والتي تم تعديلها في العام ٢٠١٠، كما وضعت قانوناً نموذجياً للتحكيم التجاري الدولي فيعام ١٩٨٥، والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦[٢]، حيث يمكن للدول الاهتداء بأحكامه وقواعده عند إصدارها قوانين منظمة للتحكيم.

وامتد الاهتمام أيضاً عندما أنشأت بعض الدول مراكز دائمة للتحكيم على إقليمها كالمركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة.

هذا ويعتبر الاتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من مراحل عديدة تمر بها عملية التحكيم، فهو مرحلة تسبق مرحلة الإجراءات التي ينبغي إتباعها في هذه العملية. واتفاق التحكيم يمثل بلا شك نقطة الانطلاق في عملية التحكيم، بل هو حجر الأساس في تكوين ونشأة التحكيم.

على هذا فإن اتفاق التحكيم هو عقد يتم بين طرفين، ويتبع ذلك بالضرورة توافر شروط الصحة في هذا العقد، من أهلية أطرافه وتوافر شرط الرضا، بالإضافة إلى وجود سبب ومحل مشروعين. كما يرتب شرط التحكيم آثاره إذا ما تم سليماً وفقاً لشروط صحته.

علماً أنه قد تحيط بالعقد- محل النزاع الذي تم توقيع اتفاق التحكيم من أجله- أسباب تؤدي إلى بطلانه، كما قد يتعرض هذا العقد للفسخ، نتيجة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته الناشئة عنه، أو قد يقضى بإنهاء العقد. وفى جميع هذه الحالات، فإن العقد ينتهي بجميع شروطه، فإذا تضمن هذا العقدُ شرطَ تحكيم؛ فمن المفروض أن يسرى هذا الحكم أيضا على شرط التحكيم. إلا أن العمل استقر على عكس ذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث يعتبر شرط التحكيم مستقلا عن بقية شروط العقد الأخرى، فلا يترتب على بطلان أو فسخ أو انتهاء العقد

---

[١] **منشورة في موقع لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة (اليونسترال) على الرابط الالكتروني الآتي:**
**http://www.uncitral.org**

[٢] **منشور في موقع لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة (اليونسترال)، المرجع نفسه.**

الأصل بأي أثر على صحة شرط التحكيم، مادام أن هذا الشرط صحيح في ذاته. ويكون للمحكمين النظر في المنازعات الناشئة عن العقد بما في ذلك طلب بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي، وذلك طبقاً "لاستقلالية شرط التحكيم".

ذلك لأن الاتفاق على التحكيم هو عقد من نوع خاص، وطبيعة مختلفة، وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي، فهو عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، فمحله ينصب على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي.

وإذا كانت غالبية الدول _التي اعتمدت التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقودها ذات الطابع الدولي_ لا تواجه مشكلة من ناحية تقبل فكرة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا إن النظام القانوني في العراق لم يكرس مبدأ الاستقلالية في نظام التحكيم. وموقف القانون العراقي في هذا الخصوص مبني على أساس انغلاق العراق على التجارة الدولية والمبادئ القانونية الحاكمة لها في العقود الأربعة المنصرمة. وقد ترتب على ذلك اعتبار التحكيم وسيلة عدائية تمس بسيادة العراق، لأن الأصل في منازعات الأشخاص أن لا يناط حسمها إلا بالقضاء الوطني العراقي.

وعلى الرغم من الموقف السلبي للعراق حيال التحكيم؛ فإن واقع التجارة الدولية الذي يخوضه العراق بأفراده ومؤسساته – عامة أو خاصة –وتفهمه للدور الحمائي، والتشجيعي الذي يقوم به شرط التحكيم، وخصوصاً في عقود الاستثمار، أدى به الانتقال إلى مرحلة جديدة بهذا الخصوص. فقد حدد المشرع العراقي نطاق المسائل التي يشملها شرط التحكيم، بالنسبة لعقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، وهي المسائل التجارية حصراً، إذ نصت المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦[١]على أن: "المنازعات الناشئة بين الهيئة (هيئة الاستثمار العراقية) أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون... تخضع للقانون أو المحاكم العراقية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الطرفين".

---

[١]منشور في موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط الإلكتروني الآتي:

http://www.iraq-ild.org

فضلاً عن ذلك فقد أعدت اللجنة القانونية في البرلمان العراقي مشروع قانون يختص بشؤون التحكيم التجاري الدولي[1]، حيث جاء في المادة (٨) منه: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم حتى إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

من هنا تبرز أهمية البحث وتتبدى إشكالية موضوعه، إذ من الثابت في الأنظمة القانونية الوطنية والدولية التي ترعى التحكيم أنها ترتب أثاراً هامة على استقلالية اتفاق التحكيم، فمن جهة لا يرتبط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، ومن جهة أخرى يتوجب الفصل في صحة اتفاق التحكيم من قبل المحكمين أنفسهم، الأمر الذي يشكل ضمانه حقيقية لفاعلية اتفاق التحكيم. وهذا ما لا نلمسه في النظام القانوني العراقي برمته، إذ أن المشرع العراقي وإن سمح لأطراف عقد الاستثمار مثلاً، باللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم، إلا أن مبررات اللجوء إلى التحكيم وغاية المشرع من تنظيم التحكيم كوسيلة نزاعات هذه العقود المهمة سوف تُنسف إذا لم يعمد المشرع العراقي لتنظيم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. فخلو النظام القانوني العراقي من مبدأ الاستقلالية يتيح للقضاء العراقي النظر في مدى صحة اتفاق التحكيم إذا ما أُثير نزاع حول صحته.

بناءً على ما تقدم، تُطرح إشكالية دراستنا تساؤلات متعددة، فالمشرع العراقي اليوم يسعى لتقنين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المشروع المذكور، وبالتالي فإن أهمية البحث تتجسد بالوقوف على مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي؟ بمعنى آخر هل هو جزء من هذا الأخير وبالتالي فمصيره يتعلق بمصير العقد الأصلي وجوداً وعدماً؟ أم أن لاتفاق التحكيم مركز مستقل بذاته؟ ثم ما مدى تأثير فسخ أو بطلان اتفاق التحكيم على العقد الأصلي؟ وهل يمكن القول بأن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من النظام العام، وبالتالي لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته؟ ثم ما هي مبررات استقلالية اتفاق التحكيم؟ وهل وُفقت الأنظمة القانونية في تحقيق أهداف التحكيم – باعتباره وسيلة لحل نزاعات التجارة الدولية– حين كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم؟ ثم ما هي النتائج أو الآثار التي تترتب على تطبيقه في نظام التحكيم ؟ وهل يمكن للمحكم البت في النزاع المتعلق ببطلان العقد الأصلي؟ أم ينبغي إحالة الأطراف إلى المحاكم

---

**[1]مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٩٥٦ وما بعدها.**

القضائية المختصة؟ كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث لغرض وضع الملاحظات التي يمكن أن تفيد القائمين على وضع مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي.

لذا يقتضي البحث الحاضر الاعتماد على المنهج التحليلي، القائم على المقارنة بين قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ومشروع قانون التحكيم العراقي، والقوانين التحكيمية لعدة دول، مع الإشارة لأحكام الاتفاقيات الدولية والقواعد التحكيمية المعمول بها في الساحة الدولية اليوم، مع إلقاء الضوء على الآراء الفقهية، وأحكام القضاء في هذا الموضوع.

وعليه فقد تم تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين، حيث يُدرسُ في الفصل الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وفي الفصل الثاني: النتائج أو الآثار التي تترتب على استقلالية اتفاق التحكيم.

# الفصل الأول

## مفهوم استقلالية اتفاق التحكيم

لقد برزت الحاجة في النظم القانونية المختلفة إلى بحث العلاقة التي تربط بين العقد الأصلي _ الذي يثار النزاع بمناسبته_ وبين الاتفاق على التحكيم بصورة مختلفة.

وقد تبلورت تلك الحاجة عند النظر إلى وظيفة وموضوع اتفاق التحكيم، وهو حسم المنازعات التي تنشأ عن العقد الأصلي، فيتم التمسك ببطلان العقد عندما يعتريه أحد العيوب التي من الممكن أن تؤدي إلى بطلانه، وبناءً على ذلك قد يصار إلى إبطال اتفاق التحكيم تبعاً لذلك العقد، لأن التابع تابعٌ لا يُفرد في الحكيم.

لذا كرست النظم القانونية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لحمايته من الآثار المترتبة على هذا الأخير من جانب، ولحصر النظر في المنازعات الناشئة بين أطراف العقد بيد المحكمين من جانب آخر.

والأنظمة القانونية حين كرست هذا المبدأ _المهم_ رتبت أثراً مهماً وبيّناً بالنسبة لاتفاق التحكيم، وهو يتمثل بصحة هذا الاتفاق استقلالاً عن العقد الذي يحتويه.

ولغرض الوقوف على مفهوم هذا المبدأ يقتضي منطق البحث دراسة مضمونه في مبحث أول، وموقف الأنظمة القانونية منه في مبحث ثانٍ، وعلى النحو الآتي:

**المبحث الأول:** مضمون استقلالية اتفاق التحكيم.

**المبحث الثاني:** موقف الأنظمة القانونية من استقلالية اتفاق التحكيم.

# المبحث الأول

# مضمون استقلالية اتفاق التحكيم

بهدف الوقوف على مضمون "مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم" وما نتج عنه من آثار مهمة، فإن البحث يقتضي التطرقَ لمعنى المبدأ المذكور، والتعرفَ على النظريات التي شكلت المراحل التاريخية لمفهومه. كما إن المبدأ _محل الدراسة_ تم تبنية من قبل المشرع الوطني والأنظمة الدولية، لأهميته في حسم المنازعات الناشئة بين الأطراف في عقود التجارة الدولية، ولمبررات عملية وقانونية.

لذا يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في المطلب الأول المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بينما نتناول المطلب الثاني أهمية ومبررات استقلالية اتفاق التحكيم، وذلك على النحو الآتي:

**المطلب الأول:** المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

**المطلب الثاني:** أهمية ومبررات استقلالية اتفاق التحكيم.

## المطلب الأول

## المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

لم يستقر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على ما هو عليه العمل حالياً، وإنما كان ينظر إليه نظرة تقليدية، ترتب أثراً واحداً يتمثل بانعدام الوحدة الكاملة مع العقد الأصلي، ثم سرعان ما تمَّ التخلي عن هذا المدلول، نظراً للتطور الحاصل في نظام التحكيم ومراعاةً لاعتبارات التجارة الدولية. وقد تطور هذا المبدأ ليشكل نقله نوعية في نظام التحكيم، وأخذ مفهوماً حديثاً من ناحية استقلاله _ليس عن العقد الأصلي من حيث الصحة والبطلان فحسب_ وإنما من ناحية القانون الواجب التطبيق. وعلى هذا الأساس سنحاول التعرض للمعنى التقليدي في الفرع الأول، وللمعنى الحديث في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول:** المعنى التقليدي لمبدأ الاستقلالية.

**الفرع الثاني:** المعنى الحديث لمبدأ الاستقلالية.

## الفرع الأول

## المعنى التقليدي لمبدأ الاستقلالية

استمرت أفكار ومفاهيم النظرية التقليدية، التي نادت بعدم استقلالية اتفاق التحكيم والوحدة الكاملة بين العقد الأصلي وهذا الاتفاق، الذي يعتبر جزءاً من العقد وبنداً من بنوده، وذلك حتى ستينيات القرن الماضي. حيث اعتبرت بأنهما يشكلان عقداً واحداً، لا يقبل التجزئة، بحيث يتأثر اتفاق التحكيم وجوداً وعدماً بصحة العقد الأساسي أو بطلانه. بمعنى آخر، إن العقد الباطل يستتبع بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية، بما فيها شرط التحكيم، باعتباره جزءاً من العقد الباطل[1].

إلا أنه مع التطور الحاصل في نظام التحكيم وقواعد قانون التجارة الدولية، كان طبيعياً ان يتم التخلي عن هذا المدلول، لعدم ملاءمته للتطور القضائي للتحكيم، الذي فرض نفسه على كل النظم القانونية، وعدم ملاءمته للطبيعة المكتسبة للتحكيم، كقضاء موازٍ ومستقل وبديل، في العلاقات الدولية بالخصوص[2]. هذا ما أدى إلى التسريع في تبني مبادئ النظرية الحديثة، لحماية المكاسب والإنجازات التي حققتها أنظمة التحكيم التجاري الدولي.

وقد نتج عن تطبيق النظرية التقليدية، ظهور تيار قوي في النصف الثاني من القرن الماضي، وجه أصحابه نقداً شديداً لتلك النظرية ومبادئها، لأنها وقفت ضد تطور قضاء التحكيم وتعزيز دوره ومكانته في التجارة الدولية. منذ ذلك الوقت بدأت مبادئ وأفكار النظرية الحديثة، التي نادت باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأخذت تتطور وتتمدد أمام مفاهيم

---

**(١) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، بند ١٤٤، ص١٢٣، رضوان عبيدات، الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، صادرة عن كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد ٣٨، العدد الثاني، ٢٠١١، ص٦٥٢.**

**(٢) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، بند٦٤٦، ص٣٧٠.**

النظرية التقليدية. وعلى ذلك اعتبرت النظرية الجديدة اتفاق التحكيم عقداً قائماً بذاته، مستقلاً عن العقد الأصلي، وإن ورد معه في وثيقة واحده[1].

من هذا المنظور ظهر مبدأ "استقلالية اتفاق التحكيم "في عقود التجارة الدولية، لينأى بهذا الشرط من أي عدوى تلحقه من جراء بطلان أو انعدام العقد الذي ورد ضمنه، وهو الأمر الذي أعطى للمتعاقدين في تلك العقود _سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام_ الطمأنينة الكاملة في استمرار أداء اتفاق التحكيم، للهدف المنوط به في تسوية النزاع، حتى ولو كان العقد الذي ورد به أو تضمنه باطلاً[2].

وبذلك، أصبح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يعني فك الترابط القانوني بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، من حيث عدم تلازم المصير بينهما من ناحية الوجود والعدم والصحة والبطلان[3].

فعدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته، أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على اتفاق التحكيم، سواء كان هذا الاتفاق وارداً في العقد الأصلي، أم كان مستقلاً عنه[4].

وقد عبر البعض[5]عن استقلالية اتفاق التحكيم، بأن هذا الاتفاق _مع العقد الأساسي_ يشكلان عملين متميزين، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم، الوارد كبند من بنود العقد، يعتبر اتفاقية في الاتفاقية أو عقداً داخل عقد.

---

**(1) ينظر: رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص٦٥٣، حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، بند١٤٥، ص١٢٣.**

**(2) أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في كتابه دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢١١.**

**(3)الحسين السالمي، المرجع السابق، بند٦٤٧، ص٣٧١.**

**(4) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، بند ٧٧، ص١٤٢، أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٥٣.**

**(5) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٩٤ وما بعدها، مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ١٩٩٨، ص٢١٨، عبد الحميد الأحدب، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد خاص، بدون ذكر سنة النشر، ص٨.**

ويرى الأستاذ (Schwebel)أن الأطراف عندما يتفقون على إدراج شرط التحكيم في عقودهم، فإنهم يبرمون اتفاقين لا اتفاقاً واحداً(١).

فاتفاق التحكيم ينفصل انفصالاً مادياً عن العقد الذي ورد فيه، فهو ليس تابعاً له يدور معه في وجوده وعدمه ويتأثر بصحته وبطلانه(٢)،بل إن محله هو عمل إجرائي بحت، يختلف عن محل العقد الأصلي الذي يرد فيه على نحو يجعل كل منهما عقداً متميزاً عن الآخر، وإن تضمنتهما وثيقة واحدة. على هذا فمحل اتفاق التحكيم يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية(٣).

فقاعدة أو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، تزيل مخاوف المتعاقدين وتحصن اتفاق التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الرئيسي، أي إن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني تام، وذلك عندما نكون بصدد عقد دولي، على نحو يجعله بمنأى عن أي آثار محتملة لعدم صحة العقد الأصلي(٤).

وبناءً على ذلك، فإن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ليس مجرد افتراض بل هو واقع. وهو ليس اختلافاً يسيراً بل انه اختلاف جذري، لأنه لا يوجد ركن واحد مشترك بينهما(٥). فبطلان كل من العقد الأصلي أو بطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر. فإذا أبطل العقد الأصلي، فعندئذ يمكن التمسك بصحة اتفاق التحكيم، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم.

---

(١) **S. Schwebel, "the severability of the arbitration agreement, in inter-national Arbitration: three salient problems". Grotius 1978, p.5.**

**أشار إليه: أحمد مخلوف ، المرجع السابق، ص٢٢٤، الحسين السالمي، المرجع السابق، ص٣٧١.**

(٢) **أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٢٢٤.**

(٣) **مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، ٢٠٠١، ص٦٧، فتحي والي، المرجع السابق، ص٩٥، مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٨، ص٢٥٤.**

(٤) **محمد عبدالله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٣١.**

(٥)**ينظر تفصيلاً: محي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم: استقلاله وصياغته، مجلة التحكيم العالمية، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول(أكتوبر)، ٢٠١٠، ص٣٣٧.**

لقد أدى تطور التحكيم التجاري الدولي _كقضاء لحل المنازعات التي تتمخض عن إبرام العقود_ إلى تأكيد أصالة واستقلالية اتفاق التحكيم، وبروز عدة أحكام قضائية في عدة دول، كان لها الأثر البارز في تغيير موقف الأنظمة القانونية والقضائية، في العديد من الدول، عن موقفها السابق الرافض لمبدأ الاستقلالية، عندما عادت وقررت صراحةً مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم(١).

لذا كان أول ظهور لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم _في عقود التجارة الدولية_ قد جاء من القضاء الهولندي، في الحكم الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٣٥، حيث قرر هذا الحكم: "إنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع المحكم من الفصل في النزاع، رغم احتمال عدم صحة العقد الوارد به شرط التحكيم"(٢). ثم توالت الأحكام القضائية بعد ذلك التي قررت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم(٣).

هذا وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه الأحكام، فأصدر بدوره حكماً مهماً في ٧/ مايو/ ١٩٦٣، وكان الحكم الأول الذي أقرَّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وذلك في القضية الشهيرة والمعروفة بـ(**Gosset**). وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور حكم تحكيم في ايطاليا يقضي بإلزام مستورد فرنسي يدعى (جوسيه) بدفع تعويض لصالح مصدر إيطالي، كان الطرف الفرنسي قد تعاقد معه على استيراد كمية من البذور ولم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وعند تنفيذ حكم التحكيم في فرنسا، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ، تأسيساً على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد، لكون الأخير قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، لمخالفته القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، المنظمة لعمليات الاستيراد والتصدير.

بيد أن محكمة التمييز الفرنسية رفضت هذا الدفع، وأصدرت حكماً فاصلاً وهاماً جاء فيه: "في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه فيه فإنه يتمتع، إلا إذا ظهرت

---

**(١)من أمثلة ذلك، القانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم.**

**(٢)أشار إلى هذا الحكم: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٢١٢.**

**(٣)لمزيد من التفصيل عن هذه الأحكام راجع: احمد مخلوف، المرجع نفسه، ص٢١٢.**

ظروف استثنائية، باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"[١].

يتضح من هذه القضية أنها قد غيرت موقف القضاء الفرنسي، الذي كان لفترة طويلة يرفض تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وأخذ بتطبيق هذا المبدأ في التحكيم التجاري الدولي دون التحكيم الداخلي.

ويرى بعض الفقه[٢] أن القضاء الفرنسي رغم تقريره لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في القضية أعلاه بعبارات سائغة، إلا أن الغريب فيه أن يقصر هذا المبدأ على التحكيم الدولي _دون الداخلي_ مع أن الحجج التي استندت إليها محكمة التمييز الفرنسية، لتبرير مبدأ الاستقلالية، تنصرف إلى نوعي التحكيم، وعلى هذا فليس هناك مبرر للتفريق بينهما. ولهذا لم تقتنع المحاكم الفرنسية بالحل الذي أخذت به المحكمة العليا بما يتضمنه من أصل واستثناء، وأصرت على تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

يؤكد هذا القول المتقدم ما قضت به محكمة استئناف باريس، ففي حكم حديث لها قضت المحكمة المذكورة: "أن للشرطَ التحكيمي استقلالية قانونية عن العقد الأساسي الوارد فيه، وبالتالي فإنه لا يتأثر باحتمالات بطلان العقد الأساسي ولا بعدم قابليته للتطبيق"[٣].

هذا وقد ظل القضاء الفرنسي سائراً على تكريس مبدأ الاستقلالية، بالرغم من عدم وجود نص صريح في قانون المرافعات الفرنسي، حتى وضع التقنين الحديث الذي نص صراحة على هذا المبدأ[٤]، وإلى اليوم لا يزال العمل جارياً بهذا المبدأ في أروقة القضاء الفرنسي.

---

**[١]أشار إلى هذه القضية والقضايا الأخرى التي صدرت بعدها: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢٣ وما بعدها، أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٢١٢ وما بعدها، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٨٣ وما بعدها، خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٦٧ وما بعدها.**

**[٢] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٩٦.**

**[٣]محكمة استئناف باريس، الغرفة المدنية، قرار رقم ٠٦/٠٦٧٥٠، تاريخ ٢٠٠٨/١/١٧، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص٦٢٠.**

**[٤]أنظر لاحقاً موقف القانون الفرنسي الجديد مرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ من مبدأ الاستقلالية.**

يتضح من مجمل ما تقدم، أن المعنى التقليدي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عالج مسألة بطلان العقد الأصلي، وعدم تأثير هذا البطلان على اتفاق التحكيم، سواء من خلال إدراجه ضمن بنود العقد، أو من خلال الاتفاق علية في صورة اتفاق مستقل.

ونحن نرى أن مسألة الاستقلالية لا تثار إلا في حالة واحدة، وهي حالة الاتفاق على اتفاق التحكيم وإدراجه ضمن بنود العقد. أما في حالة الاتفاق عليه بعد إبرام العقد، وقبل نشوء النزاع بين الأطراف، فإن موضوع استقلالية اتفاق التحكيم لن يثار، وذلك لأن هذا الاتفاق سيكون في هذه الحالة مستقلاً استقلالاً تاماً عن العقد الأصلي.

## الفرع الثاني

## المعنى الحديث لمبدأ الاستقلالية

بعد أن عرضنا للمعنى التقليدي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، والذي ينصرف إلى الاستقلال المادي عن العقد الذي ورد فيه، نعرض الآن للمعنى الحديث لمبدأ الاستقلالية، والذي آخذ مفهوماً آخر، وهو استقلاله عن حكم القانون الذي يحكم العقد الأصلي (أولاً)، وعن سائر القوانين الوطنية (ثانياً).

**أولاً: استقلال اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي:**

لم يكن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي، يوحي عند بداية ظهوره انه يستقل كذلك عن القانون واجب التطبيق على ذلك العقد، إذ كان هناك اعتقاد راسخ بأن القانون الذي يحكم العقد الأصلي هو القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم[١]. غير إن الأحكام التي صدرت بعد حكم (**جوسيه**) السابق الإشارة إليه ، قد أوضحت هذا المجال الجديد لمبدأ الاستقلالية.

حيث إنَّ القضاء الفرنسي في بداية الأمر، لم يقرر سوى _عدم التلازم_ بين القانون الواجب التطبيق على العقد والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وكان ذلك قد حدث في حكم لمحكمة استئناف باريس في قضية (**QuijanoAguera**) إذ قضت: "بأن تنفيذ شرط التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي"[٢].

---

[١]**د. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص٢٢٧.**

[٢]**محكمة استئناف باريس، تاريخ ٢٥/يناير/ ١٩٧٢، أشار إليه: أحمد مخلوف، المرجع نفسه، ص٢٢٧.**

وبعد هذا الحكم صدرت العديد من الأحكام القضائية، التي قررت صراحةً مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وكان من أهمها حكم قضية **(Hachet)** الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٤/ يوليو/١٩٧٢، وتتعلق وقائع هذه القضية بنزاع يدور حول قيام إحدى الشركات الهولندية بإلغاء عقد وكالة تجارية مع أحد الفرنسيين- وكان غير تاجر- فاتخذ الأخير إجراءات التحكيم ضد الشركة الهولندية، مطالباً إياها بالتعويض من جراء فسخها للعقد، غير أن الشركة المذكورة دفعت ببطلان شرط التحكيم، الوارد في عقد الوكالة، على أساس أن القانون الفرنسي الصادر في عام ١٩٥٨ بشأن الوكلاء التجاريين، وهو القانون الواجب التطبيق على العقد، يمنع شرط التحكيم في العقود المبرمة بين التجار وغير التجار.

وعندما عُرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، رفضت المحكمة هذا الدفع، مقررة صراحةً مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي[١].

أما بالنسبة لموقف قضاء التحكيم التجاري الدولي ، فقد كان له موقف مغاير عما كان يتبعه, فبعد أن كان في بداية الأمر يقرر هذا الاستقلال، في حالة وجود أحكام خاصة تنطبق على اتفاق التحكيم، فإذا لم توجد هذه الأحكام، فإن قانون العقد هو الذي يحكم ضمناً اتفاق التحكيم. بيد أنه سرعان ما تخلى عن شرط وجود الأحكام الخاصة لتقرير مبدأ الاستقلالية، وأعلن أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع في _التحكيم التجاري الدولي_ لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي الذي ورد فيه[٢].

وبذلك يكون قضاء التحكيم التجاري الدولي قد أقر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

---

**[١]أشار إلى هذا الحكم: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٨٢ وما بعدها، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٢٧.**

**[٢]ينظر تفصيلاً: أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣٠.**

ويرى البعض[1] أن استقلالية اتفاق التحكيم، عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، قد حقق له فاعلية أكبر، ويعتبر بمثابة طوق نجاة لهذا الاتفاق من تطبيق أحكام قد تؤدي به في أحيانٍ كثيرة إلى بطلانه.

ونحن نؤيد هذا الرأي، لأن استقلال اتفاق التحكيم، عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، يعتبر من الطرق المهمة في انتشار التحكيم في عقود التجارة الدولية، وهو ما سيعطي للمتعاقدين في تلك العقود الطمأنينة الكاملة في استمرار أداء اتفاق التحكيم للهدف المرجو منه في تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف حتى ولو كان العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال.

**ثانياً: استقلال اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية:**

يقصد باستقلال اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية هو استقلال اتفاق التحكيم عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه، استقلالاً كاملاً، حتى ولو كان هذا القانون قد حكم جزءاً من الاتفاق، وبعد هذا الاستبعاد تطبق عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية[2].

فبعد أن قررت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، والذي استبعدت بموجبه عدم تأثر بطلان اتفاق التحكيم لعدم صحة العقد الأصلي، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير مبدأ استقلالية هذا الاتفاق عن كل قانون وضعي[3].

وقد ظهر هذا المفهوم الحديث لأول مرة أيضاً في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية (Hachet) السابق الإشارة إليها. إذ ذهبت المحكمة العليا الفرنسية إلى استخلاص مبدأ صحة شرط التحكيم باستقلاله عن سائر القوانين الوطنية.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تطور ليشكل قاعدة مادية، تفيد الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم الدولي، شريطة احترام ما وضعته المحكمة العليا من تحفظ مزدوج، يتمثل في ضرورة

---

[1] **أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣١.**

[2] **أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٣٤.**

[3] **حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٨٠.**

احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام، والذي اعتبرت المحكمة أنه لا مجال لإعماله على الحكم المتقدم(١).

هذا ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي(٢)، إلى القول بأن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، في القضية أعلاه، يعني أنها استخلصت من _مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم_ صحة هذا الاتفاق، وبالتالي فإن القانون، الذي تحدده قاعدة الإسناد، من أجل تقدير هذه الصحة، تم التغاضي عنها بشكل كامل.

وفي قضية (Menicucci)(٣) كرست محكمة باريس نفس المبدأ المتقدم، في قضائها الصادر في ١٣ ديسمبر عام ١٩٧٥، وذلك بإلغائها للحكم الصادر في قضاء أول درجة، والذي قضى ببطلان شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي. وتتعلق وقائع هذه القضية بعقد مبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي لا يعد تاجراً، ومدرج به شرط تحكيم، وعلى أثر الخلاف بين الطرفين، رفع الأخير دعوى أمام المحاكم الفرنسية للفصل في الخلافات الناشئة بينه وبين الشركة الهولندية، ودفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص القضاء الفرنسي، استناداً إلى وجود شرط تحكيم في العقد، وحاول الطرف الفرنسي بالرد بأنه ليس تاجراً، والطبيعة المختلطة للعقد تحول دون صحة الشرط المذكور، ولكن محكمة استئناف باريس لم تجب إلى طلبه.

وفي هذه القضية اتفقت محكمة استئناف باريس في حكمها، مع محكمة الدرجة الأولى، على أن العقد (موضوع النزاع) بين الأطراف هو عقد مختلط، والذي يمنع القانون الفرنسي الداخلي إدراج شرط التحكيم فيه. ولكن في المقابل لاحظت محكمة الاستئناف(وذلك على عكس محكمة الدرجة الأولى) أن العقد المبرم يعد عقداً دولياً، وأن الحظر المنصوص عليه في القانون

---

(١) **B. Goldman: "Arbitrage Commercial Internaational, Convention d'arbitrag. Generalites. Autonomie et brincipe de peincipe de validite. Loi Applicable", J. Cl, Droit Inter, Fasc 586-1, No. 14.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٨٣.**

(٢)**راجع تعليق B. Oppetit على حكم Hecht المنشور في Clunet، ١٩٧٢، ص٨٤٣- ٨٤٥، أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٨٤.**

(٣) **Cass. 1ere Civ. 4 Juillet 1972, Clunet 1972. P. 843.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٨٢ وما بعدها.**

الفرنسي لا محل لإعماله بشأنه، وقررت بناءً على ذلك صحة شرط التحكيم، لما يتمتع به من استقلالية تامة.

وبذلك تكون محكمة استئناف باريس قد أكدت _ وبشكل قاطع _ أنه دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق، على موضوع العقد الأصلي، أو على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي، فإنه يكفي لقبول الدفع بعدم الاختصاص المتمسك به أمام المحكمة، تقرير أن استقلالية شرط التحكيم، الوارد في عقد دولي، تؤدي إلى صحة هذا الشرط استقلالاً عن الإشارة إلى أي قانون وطني[١].

وفي قضية (Gatoil) قضت محكمة استئناف باريس في ١٧ ديسمبر ١٩٩١ بأنه: "في إطار التحكيم الدولي، يعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم ذا تطبيق عام، يكرس باعتباره قاعدة مادية دولية، صحة اتفاق التحكيم، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين؛ فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلا لمقتضيات النظام العام الدولي"[٢].

وفي ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣ أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً مهماً يقضي بأنه: "وفقاً لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعد شرط التحكيم مستقلاً، من الناحية القانونية، عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، سواء بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم وصحته تتقرّر، وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي"[٣].

وقد قرر قضاء التحكيم التجاري الدولي هذا المبدأ في أحكام كثيرة، منها: حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ٤٣٨١ لسنة ١٩٩٦، حيث جاء في هذا الحكم: " أن للمحكمين سلطة

---

**[١]مصطفى أحمد ترو، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى، بدون ذكر دار نشر، ١٩٩٢، ص٥٥.**

**[٢]أشار لهذه القضية: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٨٦، أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣٨.**

[٣] **Cass, 20 decem.1993, Rev, P. 663 note H. Gaudemet Tallon, Clunet 1994, P.436.**
**أشارت اليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٨٧، محمد حسين حاج علي، النظام القانوني للاتفاق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة دبلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، الفرع الأول، بيروت، ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص٤٩.**

تقدير مجال شرط التحكيم، استقلالاً عن القانون الذي يحكم العقد، وبدون اللجوء إلى قانون أية دولة"[١].

إنَّ التكييف القانوني لهذه الحلول القضائية يقود إلى اعتبار استقلالية اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، لا يعتبر قاعدة إسناد، ولكنها قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، وهي خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ولا تترك أي مكان لتطبيق أي قانون أجنبي، وبعبارة أخرى، هي قاعدة من قواعد القانون الدولي الحقيقي، تلقى اعترافاً من أجل حاجات التجارة الدولية[٢].

هذا وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي[٣] إلى انتقاد موقف القضاء الفرنسي، الذي يعطي لاتفاق التحكيم صلاحية مطلقة، دون أن يلحقه بالقانون الواجب التطبيق عليه وفقاً لقواعد تنازع القوانين، وهو ما يعني أن اتفاق التحكيم سيصبح بدون قانون يحكمه، مما لا نستطيع أن نتبين معه إذا كان صحيحاً أم باطلاً.

ونحن لا نتفق مع هذا التحليل، وهو رأي لا يمكن الأخذ به، ويخالف الاتجاه الحديث لأن استقلالية اتفاق التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، لا يعني أن يصبح هذا الاتفاق بدون قانون، وإنما فقط بدون تنازع قوانين، أي إنه لا يكون في فراغ قانوني، بل تسري عليه قواعد قانونية أخرى مستمده من مبادئ وعادات التجارة الدولية.

## المطلب الثاني

## أهمية ومبررات استقلالية اتفاق التحكيم

أصبح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، من المبادئ المستقرة قانوناً وفقهاً وقضاءً، لما يتمتع به من أهمية بالغة في حل المنازعات الناشئة بين الأفراد، كما يتمتع هذا

---

**[١] أشار إليه: احمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣٨ وما بعدها.**

**[٢] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، بند ٢٣٩، ص٢٢٥.**

**[٣] H. Gaudemet- Tallon. Note sous Paris 26 mars 1991. Rev. Arb.1991, p.456.spe.p469.**

**أشار إليه: أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٢٣٩.**

المبدأ بعدة مبررات جعلته بمنأى عن مصير العقد الأصلي. ولدراسة ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

**الفرع الأول:** أهمية استقلالية اتفاق التحكيم.

**الفرع الثاني:** مبررات استقلالية اتفاق التحكيم.

## الفرع الأول
## أهمية استقلالية اتفاق التحكيم

يتمتع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بأهمية بالغة، جعلته يحتل مكانه كبيرة في عقود التجارة الدولية، نظراً لما يتميز به من دور فاعل في التحكيم، باعتباره وسيلة لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد.

فعدم الأخذ بمبدأ الاستقلالية، والقول بارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه وجوداً وعدماً، يترتب عليه أن بطلان أو إنهاء العقد الأصلي، من قبل أحد أطرافه، يعني النتيجة ذاتها والمصير نفسه بالنسبة لاتفاق التحكيم. وبالتالي، يزول الأساس القانوني الذي يستمد منه المحكم سلطته وصلاحيته، وينتهي إمكان تشكيل هيئة التحكيم والسير في إجراءات التقاضي، ويعود الاختصاص للمحاكم الوطنية صاحبة الولاية في نظر تلك النزاعات، والتي كان من المفترض أن تحسم عن طريق التحكيم[١].

وعلى العكس من ذلك، فإن الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، يؤدي إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بمصير هذا العقد، بحيث يظل اتفاق التحكيم ملزماً ومرتباً لآثاره_ من حيث عدم اختصاص قضاء الدولة_ ويكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها من عدمه، وفي مدى صحة العقد الأصلي، وفي السير في إجراءات التحكيم والنزاعات الناشئة عنه، وذلك حتى إصدار حكمها التحكيمي الملزم للأطراف[٢].

---

[١] ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣١٠، مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص٣٥٠، مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم وإجراءاته، المرجع السابق، ص٢١٤.

[٢] محسن شفيق، المرجع السابق، ص١٩٥، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص١١١، مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص٣٥٠، مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم وإجراءاته، المرجع السابق، ص٢١٤.

فاتفاق التحكيم يشكل عقداً حقيقياً، له أركانه وشروطه القانونية المستقلة عن الاتفاق الأصلي، إضافة إلى أن الأهداف المرجوة منه تختلف كلياً عنها في العقد الأصلي. فبينما يهدف العقد الأخير إلى تحديد الحقوق والالتزامات التي ترتبها شروطه على أطرافه وتنظيمها وتنفيذها _ وهذه المسألة موضوعية_ فإن اتفاق التحكيم يقتصر دوره على استبدال قضاء الدولة بقضاء التحكيم في حل منازعات أطرافه، وعلى الإجراءات الواجب اتباعها للفصل في المنازعات الناجمة عن الشروط الموضوعية للعقد الأصلي بالتحكيم، وهذا أمر إجرائي[١].

ويترسخ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، عن العقد الأصلي، إذا توافرت أركان وجوده وصحته القانونية، وأن يكون قد تم إبرامه بشكل صحيح وسليم. فلا يكون الاتفاق مستقلاً إذا تم إبرامه من شخص فاقد الأهلية، أو مسلوب الإرادة، أو أن يكون موضوع النزاع في مسألة لا يجوز التحكيم فيها[٢]، أو هو خارج اختصاص هيئة التحكيم. والأهم من هذا كله أن لا يكون الأطراف قد اتفقوا على اعتبار اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، يرتبط بمصيره وجوداً وعدماً، لأنه في هذه الحالة، لا يجوز مخالفة إرادة الأطراف، بل يجب احترامها لأنهم غير ملزمين إلا بما اتفقوا علية، آخذين بعين الاعتبار أن نظام التحكيم يعتمد في الأساس على إرادة أطراف النزاع، باعتباره نظاماً اتفاقياً ورضائياً[٣].

وهنا يثور تساؤل مهم: هل يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من النظام العام؟ وبعبارة أخرى: هل يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد الأصلي، بحيث إذا فسخ العقد الأصلي أو أبطل، انسحب ذلك بالتبعية على اتفاق التحكيم؟

لم يتطرق المشرع العراقي في قانون المرافعات الحالي، وغالبية الأنظمة القانونية كقانون التحكيم المصري مثلاً، لمثل هذه المسألة. وبمطالعة نصوص مشروع قانون التحكيم العراقي نجد أن المادة (٨) منه عالجت هذه المسألة ونصت على أنه: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن

---

(١) رضوان عبيدات، المرجع السابق، ٦٥٥.

(٢) تنص المادة (٩) من مشروع قانون التحكيم العراقي على انه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية أو الأحوال الشخصية باستثناء ما يترتب عليها من آثار مالية".

(٣) رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص٦٥٦.

شروط العقد الأخرى ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم، حتى إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[١].

وكما هو واضح من النص فإنَّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لا يعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق صراحةً على خلافه. بمعنى أنه يجوز للطرفين الاتفاق على عدم استقلالية اتفاق التحكيم وإنما تبعيته للعقد الأصلي.

بيد أن الاعتراف باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي _في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء_ يحقق اقتصاداً في الوقت والإجراءات، ويساعد الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم، بدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء في صحة العقد، فيتولى المحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة[٢].

لذلك تظهر أهمية استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي تم إبرام التحكيم بشأنه، في حالة بطلان العقد الأصلي لأي سبب من الأسباب، أو فسخه، أو انتهائه، حيث لا يكفي هذا البطلان أو الفسخ لتسوية موقف الطرفين، بل هناك من الحقوق المترتبة على هذا البطلان أو الفسخ، ويحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء ليتم حسم هذه الآثار المتولدة عن البطلان أو الفسخ، فإذا ما وجد اتفاق تحكيم في هذا الشأن فإنه يظل معمولاً به، ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الانتهاء ومن خلال التحكيم يتم النظر في النزاع[٣].

ويرى البعض الآخر[٤] أن الأخذ بأهمية استقلالية اتفاق التحكيم تبرز _ بشكل خاص _ عند النظر بدعوى بطلان حكم التحكيم. فلو دفع أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في نظر النزاع بسبب سقوط اتفاق التحكيم، لأن العقد الأصلي قد تم فسخه مثلاً،

---

(١)تقابلها المادة (١١) من قانون التحكيم السوري رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣١١، عبد الحميد الأحدب، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، المرجع السابق، ص٩.

(٣) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٤١ وما بعدها.

(٤) أحمد حمزة حداد، المرجع السابق، بند ١٥٠، ص١٢٧، فارس محمد عمران، موسوعة الفارس في قوانين ونظم التحكيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٠١.

فإن الهيئة ستقضي برد هذا الدفع حتماً، لاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لو كان الفسخ صحيحاً. وعندئذ لن يكون الحكم قابلاً للبطلان، بحجة عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بحجة فصل الحكم في مسائل لا يشملها هذا الاتفاق، أو تجاوز حدوده. وهذا بعكس ما لو قلنا بأن فسخ العقد الأصلي يشمل (حكماً) فسخ اتفاق التحكيم الذي يتضمنه، إذ يكون الحكم في هذه المسألة قابلاً للبطلان لعدم وجود اتفاق تحكيم، ما دام الفسخ يشمله، أي بسبب فسخ العقد الأصلي.

## الفرع الثاني
## مبررات استقلالية اتفاق التحكيم

يُحظى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بعدة مبررات، تجعله بمنأى عن مصير العقد الأصلي، وهذه المبررات هي:

**أولاً**: احترام إرادة الأطراف، الذين عادةً ما يدرجون شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة واسعة، لأنهم يقصدون منه عرض كافة منازعاتهم على المحكمين، بما فيها المنازعات حول صحة أو بطلان العقد الأصلي. فعدم إجازة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، سينتج عنه تضييق نطاق التحكيم على النقيض من إرادة الأطراف، لأنهم لو أرادوا هذا التضييق لعبروا عنه بوضوح في اتفاق التحكيم(١).

**ثانياً**: من مبررات استقلالية اتفاق التحكيم هو اختلاف موضوع كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج فيه، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد... الخ، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام . أما اتفاق التحكيم فموضوعه حل أي نزاع مستقبلي، يمكن أن ينشأ بسبب تنفيذ العقد الأصلي، أو لسبب خارجي لا دخل لإرادة الأطراف فيه(٢). ومن ناحية أخرى، فإن سبب كل منهما مختلف عن الآخر، فالسبب في اتفاق التحكيم هو تعهد كل طرف بعدم

---

**(١)عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٢٥، حسنين حسن عبدالكريم، التحكيم الدولي وتحقيق التوازن في عقود الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٤، ص٣٤.**

**(٢)ناصر ناجي جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٠١ وما بعدها، حسنين حسن عبدالكريم، المرجع السابق، ص٣٤.**

اللجوء إلى قضاء الدولة، بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً[١]، قد يكون الربح أو إتمام مشروع معين أو غير ذلك، وبالتالي فإختلاف الموضوع والسبب، بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، أساس استقلالية كل منهما عن الآخر.

**ثالثاً**: ومن مبررات استقلالية اتفاق التحكيم أن الكتابة تعتبر شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم[٢] بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشترط فيه الكتابة أو لا تشترط. وعلة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هي الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية، حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق[٣]. وعلى العكس من ذلك، يرى بعض الفقه[٤] أن الكتابة هي شرط لإثبات اتفاق التحكيم، وليس لوجوده. وقد ساير المشرع العراقي هذا الاتجاه، إذ نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات على انه: "لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة". وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بالقول:" أن شرط التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه في المرافعة"[٥]. كما تبنى المشرع اللبناني هذا الموقف أيضاً[٦].

**رابعاً**: تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يؤدي إلى عدم التفرقة بين إبرام التحكيم في صورة شرط التحكيم وإبرامه في صورة مشارطه التحكيم، حيث لا يمكن القول إن

---

**[١] فتحي والي، المرجع السابق، ص٩٥.**

**[٢]تنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً". وتنص المادة (١٤٤٣) من المرسوم الفرنسي رقم(٤٨) لعام ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية على أن: "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة اعتباره باطلاً"، على أن المادة (١٥٠٧) من نفس القانون، وفيما يخص التحكيم الدولي، تنص على أن: "لا يخضع اتفاق التحكيم لأي شرط شكلي"، فالمرسوم الفرنسي الجديد يشترط الكتابة فقط في اتفاق التحكيم الداخلي. المرسوم الفرنسي الجديد منشور باللغة العربية في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٨١٩.**

**[٣] فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٣٥.**

**[٤] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٨٣.**

**[٥] تمييز عراقي، قرار رقم ٥٥/موسعة/٢٠٠٨، تاريخ ٢٠٠٨/٨/١٢، قرار غير منشور.**

**[٦]تنص المادة (٧٦٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على انه: "لا يثبت عقد التحكيم إلا بالكتابة".**

المحكم في، حالة إبرام الاتفاق في صورة مشارط التحكيم، سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي، باعتبارها أبرمت بعد حدوث النزاع، أما في حالة إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم، فإنه يمكن أن يصادف المحكم ادعاءات الأطراف حول بطلان أو صحة العقد الأصلي، الذي يلزم عليه الفصل فيها عند حدوث النزاع، والذي يستتبع أن المحكم الذي يصدره يخضع إلى الرقابة القضائية اللاحقة، والتي قد تلغي حكمه، وهنا يكمن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي برفع هذا الفارق بين صورتي اتفاق التحكيم(١).

**خامساً**: القول بعدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، وذلك بمجرد أن يدفع أي طرف بعدم صحة العقد الأصلي؛ ويصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته للنظر بالنزاع، لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله ينظر في آنٍ واحد في صحة العقد الأصلي وفي صحة اتفاق التحكيم، ويترتب على هذا القول إن المحكم لا يستطيع أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته(٢).

مجمل القول: أن مبررات استقلالية اتفاق التحكيم تبدو أنها إيجابيات مضافة إلى ميزات التحكيم بصفة عامة، وإضافةً إلى أن هذا المبدأ أصبح من القواعد المعمول بها على الصعيد الدولي، وذلك بالاستناد إلى الدور الإيجابي الذي يلعبه على صعيد العلاقات التعاقدية الدولية، لأنه يطبق احتراماً لإرادة الأطراف التي اتجهت إلى التحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد الأصلي.

---

**(١) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص١٢٥.**

**(٢)ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣١٠.**

## المبحث الثاني

## موقف الأنظمة القانونية من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

حرصاً على تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، في عقود التجارة الدولية، وتوفيراً للأساس القانوني الذي يستطيع بمقتضاه المحكم أو هيئة التحكيم البت في مسألة اختصاصها، السير في الخصومة التحكيمية وفض النزاع المحال إليها، اتجهت غالبية الأنظمة القانونية _الدولية منها والوطنية_ على النص صراحةً على استقلالية اتفاق التحكيم. ولدراسة موقف هذه الأنظمة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** موقف الأنظمة القانونية الدولية من مبدأ الاستقلالية.

**المطلب الثاني:**موقف الأنظمة القانونية الوطنية من مبدأ الاستقلالية.

## المطلب الأول

## موقف الأنظمة القانونية الدولية من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

إن دراسة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، على المستوى الدولي، تتطلب التعرض لموقف المعاهدات الدولية، والقوانين النموذجية، ولوائح التحكيم الدائمة، ثم موقف قضاء التحكيم من هذا المبدأ.

وبناءً على ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

**الفرع الأول:** موقف المعاهدات الدولية والقوانين النموذجية من مبدأ الاستقلالية.

**الفرع الثاني:** موقف لوائح التحكيم وقضاء التحكيم الدولي من مبدأ الاستقلالية.

## الفرع الأول

### موقف المعاهدات الدولية والقوانين النموذجية من مبدأ الاستقلالية

من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم، ومن هنا فأن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ[١].

---

[١] **حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٢٦.**

فمثلاً اتفاقية نيويورك الموقعة في عام ١٩٨٥ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[١]، لم تتضمن أي نص صريح يقرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد المتعلق به.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه[٢] إلى القول بأن اتفاقية نيويورك قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. واستند في ذلك إلى ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٢) من الاتفاقية[٣]، من قواعد تقضي بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، وإحالتهم إلى التحكيم للفصل فيها.

وفي هذا الصدد، يرى بعض الفقه[٤] أن هذا التفسير لنص المادة(٢) من الاتفاقية يعد تفسيراً مبالغاً فيه، إذ إن اتفاقية نيويورك لم تتعرض بشكل صريح لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. وإذا كانت المادة الثانية، التي نحن بصددها، قد أوجبت على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاق التحكيم، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي، اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، بيد أنها لم تتضمن أية أشاره إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه.

---

**[١]تعد اتفاقية نيويورك عصب القانون الدولي ألاتفاقي في مجال التحكيم، بعد أن صادقت عليها (١٤٩) دولة من تاريخ وضعها إلى يومنا هذا، وهي تتألف من ست عشرة مادة، وتقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنضمة إليها، علماً أن العراق لم ينظم إلى هذه الاتفاقية لحد الآن. لمزيد من التفصيل حول أحكام الاتفاقية راجع: إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٧، ١٩٨١، ص٤٠ وما بعدها.**

**[٢] سامية راشد، المرجع السابق، ص١٤٦، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣١٤ وما بعدها.**

**[٣] تنص الفقرة الثالثة من المادة(٢) من الاتفاقية على أن: "محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف – بالمعنى الوارد في هذه المادة – تحيل الخصوم، بناءً على طلب أحدهم، إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".**

**[٤] سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٩٤ وما بعدها.**

هذا ما عاد وأقر به أنصار الرأي الأول بقولهم "إن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وإن لم تكن قد تعرضت –صراحةً– لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وآثاره القانونية، وصلاحية المحكم للبت في اختصاصه، إلا إنها أبقت لهذا الاتفاق فاعليته وآثاره وأعطته قوة لم تكن له من قبل"[1].

كما ذهب جانب آخر من الفقه[2] إلى القول بأنه يمكن أن نستخلص من المادة (٥/١–أ) من هذه الاتفاقية[3]، أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر، غير الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي فإن اتفاقية نيويورك تكون قد قبلت (ضمناً) أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، وبالتالي فهي تقرر قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

ويرى البعض[4] أن هذا التفسير لنص المادة (٥/١– أ) من اتفاقية نيويورك على النحو المتقدم يعد تفسيراً غير مقنع. حيث إن هذا النص يتعلق بحالات رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، وإذا كان قد عرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو أمر طبيعي، لأن اتفاق التحكيم يمثل جوهر التحكيم، وبالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، فإنه لم يتضمن أي إشارة بخصوص القانون الذي يحكم العقد الأصلي، حتى يمكن القول بأن اتفاقية نيويورك قد أقرت مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكمه.

---

**(1) سامية راشد، المرجع السابق، ص١٦٤، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣١٥، عبد الحميد الأحدب، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، المرجع السابق، ص٩.**

**(2) P. Schlosser: Das Recht der internationalenprivatenSchiedsgerichtbarkeit, Tubingen 1975 no. 316.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٢٧.**

**(3) تنص المادة (٥/١– أ) من اتفاقية نيويورك على: "إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم".**

**(4) سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص١٩٥ وما بعدها.**

هذا بينما ذهب البعض[1] إلى إن اتفاقية نيويورك لم تشر صراحةً إلى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وإنما قد تركت المجال لنص القوانين الوطنية لتكون حرة في معالجة هذه المسألة؛ متى استوفى الاتفاق التحكيمي الشروط المتطلبة لصحته.

ونحن نرى أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض بشكل صريح لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن هذه الاتفاقية تُعنى فقط بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وإن كانت قد تعرضت في المادة الثانية منها لإلزام الدول الأعضاء، بالاعتراف باتفاق التحكيم، وبمنع محاكم هذه الدول من النظر في المنازعات المتفق على تسويتها بطريق التحكيم، فإنها لا تشير إلى هذا المنع والحظر في حالة بطلان العقد الأصلي، المتضمن أو الملحق به اتفاق التحكيم.

كذلك لم تتضمن اتفاقية جنيف الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي الموقعة في ٢١ أبريل ١٩٦١[2][3]، أي نص صريح يقرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه[4] إلى القول بأن اتفاقية جنيف الأوروبية قد كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة (٣/٥) منها[5]، وذلك عندما عهدت إلى المحكم ليس فقط

---

**[1] هاني محمد كامل، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٢٩٣، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٥٢.**

**[2] هذه الاتفاقية مترجمة إلى اللغة العربية على الرابط الإلكتروني الآتي:**

**www.capital-law-firm.com**

**[3] تعد اتفاقية جنيف الأوروبية الموقعة عام ١٩٦١ في مدينة جنيف من الاتفاقيات المهمة في التحكيم التجاري الدولي، ولم تحذُ هذه الاتفاقية حذو اتفاقية نيويورك، التي اقتصرت على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، بل جاءت لتعالج كافة المسائل التي يثيرها التحكيم، بدءاً بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحين تنفيذ الحكم أو رفض تنفيذه. كما إن هذه الاتفاقية تسري بشكل واضح في العمليات التجارية الدولية. لمزيد من التفصيل عن أحكام هذه الاتفاقية راجع: خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص١٣٥ وما بعدها.**

**[4] B. Goldman: "Arbitrage Commercial Internaational, Convention d'arbitrag. Generalites. Autonomie et brincipe de peincipe de validite. Loi Applicable", J. CI, Droit Inter, Fasc 586-1, 1989, No 23.**

**أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص١٩٦.**

**[5] تنص المادة (٣/٥) من اتفاقية جنيف على انه: " مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة وفقاً لقانون دولة القاضي، فإن أي نزاع يثور حول اختصاص المحكم لا يؤدي إلى تخليه عن نظر القضية، بل تكون له سلطة تقرير مسألة البت في اختصاصه، وكذلك مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل هذا الاتفاق جزءً منه".**

سلطة تقرير مسألة البت في اختصاصه، بل منحته أيضاً سلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه.

بيد إن البعض[١] قد عارض هذا التفسير لنص المادة أعلاه، واعتبره تفسيراً خاطئاً يقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما: مبدأ الاختصاص بالاختصاص[٢]، ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهما في الحقيقة كل مبدأ يختلف عن الآخر. فمن غير الممكن أن نستخلص من النص، على اختصاص المحكم، بالفصل في مسألة وجود أو صحة العقد، أنه يقرر في نفس الوقت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. فلو أن واضعي النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم، إلى جانب أن له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يظل مختصاً، حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه. ففي هذا الفرض فقط يمكن القول بأن النص يقرر استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ونحن نؤيد هذا الرأي، لأن اتفاقية جنيف الأوربية لم تنص بشكل صريح ومباشر على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وإنما تحدثت فقط عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وإن كان المبدأ الأخير يعتبر من النتائج التي ترد على مبدأ الاستقلالية، إلا أنهما مستقلان من الناحية النظرية.

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن، والموقعة في ١٨ مارس ١٩٦٥، والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار[٣][٤]، فلقد اقتصرت في المادة (٤١) منها على

---

[١] **سراج حسن أبو زيد، المرجع السابق، ص١٩٧.**

[٢]**سنتطرق لهذا الموضوع بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الرسالة.**

[٣]**منشورة في موقع البنك الدولي على الرابط الإلكتروني الآتي:**

**http://icsid.worldbank.org.**

[٤]**تعد اتفاقية واشنطن أهم اتفاقية في مجال الاستثمارات الدولية، والتي أنضم إليها العراق حديثاً بعد التصديق على أحكامها في ٢٨ تموز/يوليو ٢٠١٢، وقد تولى البنك الدولي للإنشاء والتعمير من إعداد هذه الاتفاقية، بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي، مما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصةً في الدول النامية. وفي الواقع إن هذه الاتفاقية كانت تهدف إلى بعث الثقة والطمأنينة في=**

تأكيد: "أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها" فهي على غرار الاتفاقية السابقة قد أشارت إلى مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه الذي يتصل بشكل جزئي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. مما يعني عدم النص بصورة صريحة ومباشرة على مبدأ الاستقلالية.

أما قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ( اليونسترال) والتي أقرتها الجمعية العامة في ٢٨ أبريل ،١٩٧٦ والتي تم تعديلها في العام ٢٠١٠، فقد نصت – بشكل صريح– على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. جاء ذلك في المادة (١/٢٣) منها، والتي كانت تحمل رقم (٢١) قبل التعديل، والتي نصت على أنه: "تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يَنظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم".

وفي حكم هذه المادة، يعامل اتفاق التحكيم، الذي يكون جزءاً من العقد الأصلي، والذي ينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام، بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان اتفاق التحكيم.

ولقد تضمن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والصادر عن نفس اللجنة في عام ١٩٨٥،والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦، نصاً مماثلاً للنص السالف الذكر. فقد نصت المادة (١/١٦) من هذا القانون على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

---

**= نفوس أصحاب رؤوس الأموال في – الدول المتقدمة– الذين يسعون دائماً إلى حماية أموالهم واستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم، وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء مركز في واشنطن تكون مهمته فض المنازعات الاستثمارية (ICSID). لمزيد من التفصيل عن أحكام هذه الاتفاقية راجع: خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص١٣٧ وما بعدها، عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٥٣.**

وكما هو واضح من النص، إن القانون النموذجي قد نص بشكل صريح على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بخلاف الاتفاقيات الدولية، والتي لم تشر صراحةً إلى هذا المبدأ ، كما لاحظنا سابقاً، إلا بصورة ضمنية(١).

أما على مستوى النطاق الإقليمي العربي، فإن اتفاقية عمَّان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧(٢)(٣)، لم يرد ضمن نصوصها ما يشير صراحةً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. ولكنها أشارت في المادة (٢٤) منها إلى سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم(٤).

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه(٥) إلى القول بأن اتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجاري الدولي، قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي، وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٢٧) من الاتفاقية والتي نصت على أن: "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم".

---

**(١)لاحظ البعض، أن القانون النموذجي كاتفاقية نيويورك، قد قلب عبء إثبات صحة شرط التحكيم عن طالب التحكيم، بحيث لا توقف مراجعة القضاء سير التحكيم، بل يوقفه حكم قضائي يتضح فيه للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولاغٍ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه. كما يتميز بأنه، رغم تبنيه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فإنه لم يقفل باب المحاكم القضائية، ولم يربط القاضي بالمحكم ولا المحكم بالقاضي، بل ترك للاثنين "إمكانية" العمل ولا سيما المحكم. راجع: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣١٧.**

**(٢)منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:**

**http://www.arab legal net.org.**

**(٣)تعتبر اتفاقية عمَّان العربية، والموقعة في ١٤ أبريل ١٩٨٧ في عمَّان-الأردن، أول اتفاقية عربية تُعنى بشؤون التحكيم التجاري الدولي. وقد نصت هذه الاتفاقية على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي، وقد جاءت هذه الاتفاقية نتيجة للشعور المتزايد لدى الدول العربية حول ضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية تارةً، ولكون هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي موحد للتحكيم التجاري، من شأنه تحقيق التوازن في مجال المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، وإيجاد الحلول العادلة لها تارةً أخرى. لمزيد من التفصيل عن أحكام هذه الاتفاقية راجع: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٨٦ وما بعدها، هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٠٥ وما بعدها، لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١١٦ وما بعدها.**

**(٤)تنص المادة (٢٤) من اتفاقية عمَّان على أنه: "يجب إبداء الدفوع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً".**

**(٥)فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص٢١٩.**

ويعلل هذا الاتجاه رأيه المتقدم ، بأن نص الاتفاقية، على منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها، يشكل مؤشراً واضحاً للأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن الاتفاقية العربية للتحكيم، شأنها شأن القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي، قد أخذت وبشكل مباشر بمبدأ الاستقلالية.

ونحن نرى أن هذا الرأي يخلط بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، فالنص أعلاه تحدث عن المبدأ الأخير، وإن كان من النتائج التي ترد على مبدأ الاستقلالية، إلا أن لكل مبدأ خصائصه وصفاته الخاص به.

## الفرع الثاني
## موقف أنظمة مراكز التحكيم وأحكام التحكيم الدولية من مبدأ الاستقلالية

إتجهت أنظمة مراكز التحكيم الدولية على النص –صراحةً– على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم (أولاً)، كما أخذت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة بهذا المبدأ (ثانياً).

**أولاً: موقف أنظمة مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاستقلالية:**

أقرت معظم لوائح أو أنظمة مراكز التحكيم الدائمة، ذات الطبيعة الدولية، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ويرى جانب من الفقه[١] أن تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، الذي تشير إليه هذه الأنظمة، يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف، في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي.

وتعتبر لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة في ١ يناير١٩٩٨ بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٢[٢]، من أهم لوائح التحكيم التجاري الدولي التي

---

**[١] حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٣٨.**

**[٢]كان لإنشاء غرفة التجارة الدولية بباريس في عام ١٩٢٣ الخطوة المهمة في سبيل انتشار التحكيم كأسلوب لحل المنازعات المتصلة بالمعاملات التجارية الدولية بمختلف أنواعها. فالتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس يزداد خبرة باطراد، مكتسباً إياها من خلال دراسة ما يقارب من عشرة الآف قضية بدقة. وإن نظام=**

كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. حيث نصت المادة (٤/٦) من هذه اللائحة على أنه: "ما لم يوجد اتفاق مخالف، فإنه لا يترتب على بطلان أو انعدام العقد المدعى بهما، عدم اختصاص المحكم، إذا تمسك بصحة اتفاق التحكيم. ويظل المحكم مختصاً، حتى في حالة عدم وجود أو بطلان العقد، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل في طلباتهم وادعاءاتهم"[١]

يتضح من هذا النص، أن نظام غرفة التجارة الدولية بباريس قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالمعنى الواسع، من خلال إقراره بسلطة المحكم في النظر في أي ادعاء يثار، ليس فقط في حالة بطلان العقد الأصلي، وإنما أيضاً في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه. بل ويظل المحكم مختصاً ويستخلص كافة الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف في ادعاءاتهم وطلباتهم. ومن ثم فإن المحكم لا يجب عليه تقرير عدم اختصاصه، والتخلي عن القضية المعروضة علية، إذا لاحظ انعدام أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته[٢].

كما أخذت لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي (London court of Arbitration) الصادرة عام ١٩٨٥ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. حيث إنها قد تضمنت في المادة (١/١٤) منها[٣] نفس القواعد التي أقرتها المادة(٢٣) من قواعد التحكيم، الصادرة عن

---

**=التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، الذي دخل حيز النفاذ سنة ١٩٩٨، هو أول تعديل مهم يطرأ على النظام، وهو ثمرة سلسلة انتشارات مكثفة على الصعيد العالمي. وكان هدف التعديلات التي أدخلت هو سد بعض الثغرات أخذاً بعين الاعتبار تطور ممارسة التحكيم. لمزيد من التفصيل راجع: سامية راشد، المرجع السابق، ص١١٩، أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان نشر، ٢٠٠٢، ص٣٩٢.**

**[١] قواعد تحكيم غرفة تجارة باريس مترجمة إلى اللغة العربية على الوقع الإلكتروني الآتي:**
**bit.escwa.org.lb**

**[٢] حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٩، سامية راشد، المرجع السابق، ص١٢٧، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٠٨.**

**[٣]تنص المادة (١/١٤) من لائحة لندن على أنه: "يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا ينظر إلى شرط التحكيم، الذي يشكل جزءاً من عقد، كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من المحكمة التحكيمية ببطلان العقد لا يترتب علية بحكم القانون بطلان أو انعدام الشرط التحكيمي". أشار لنص المادة: عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص٥٩٢.**

لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٨٦، بصيغتها المنقحة عام ٢٠١٠، السابقة الإشارة إليها.

كما إن نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم (Association Americained'arbitrage) لعام ١٩٩٢ أقر هو الآخر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. إذ نصت المادة (٢/١٥) منه على أنَّ: "المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى"[١].

ويلاحظ على هذا النص، أنه كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل صريح وواضح.

ويرى بعض الفقه[٢] أن نص المادة المذكورة، بالرغم ما ورد فيه من أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، إلا انه لم يشر صراحةً إلى أن بطلان العقد، من قبل محكمة التحكيم، لا يترتب عليه بالضرورة بطلان شرط التحكيم بقوة القانون.

بينما يذهب جانب من الفقه[٣]إلى أنه لا يجب تفسير إغفال النص لمثل هذه الإشارة على أنه يعد رفضاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وذلك لأن النص على أن بطلان العقد، لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، ليس سوى نتيجة حتمية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، والذي أقره النص صراحةً, وبالتالي فإنه من اللازم الإشارة إلى هذه النتيجة صراحةً.

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير، لأن النص على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يكفي لترتيب النتيجة المنطقية، وهي عدم تأثير بطلان العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، وإذا قلنا بعكس ذلك فما هي الفائدة المرجوة من مبدأ الاستقلالية.

---

**(١) أشار لنص المادة: عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق،ص٥٧٢.**

**(٢) حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٢.**

**(٣) E. Gaillard, Arbitrage Commercial Internaational, J. Cl, Droit Inter, Fasc 586-1, 1994, No 12.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٢، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٠٧.**

وكذلك أيضاً أقر نظام الغرفة التجارية العربية_ الأوربية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وجاء ذلك في المادة (٤/٢١) والتي نصت على أنه: "إذا تنازع أحد الأطراف في صحة أو تطبيق بند التحكيم، فلا يحول ذلك دون تأليف محكمة التحكيم، وفق أحكام هذا النظام، وتفصل محكمة التحكيم هذه فور تأليفها في صحة تعيينها، وفي كل المسائل الأخرى المتعلقة باختصاصها"[١].

**ثانياً: موقف قضاء التحكيم الدولي من مبدأ الاستقلالية:**

أخذت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في إطار المعاملات الدولية الخاصة، سواء تلك الصادرة من محاكم التحكيم الحر (Ad Hoc)[٢]، أو من محاكم التحكيم المؤسسي (Institutinal)[٣] المشكلة لدى مركز التحكيم ذات الطابع الدولي ، بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

وقد تم تطبيق هذا المبدأ لأول مرة في قضية شركة (Lena Goldfilds) ضد حكومة الاتحاد السوفيتي سابقاً (روسيا حالياً) في عام ١٩٣٠. حيث رفضت الحكومة السوفيتية المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن الشركة البريطانية (لينا جولدفيلدز) قد قامت بفسخ عقد الامتياز المبرم في عام ١٩٢٥، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد في العقد يكون قد أصبح غير

---

(١) أشار لنص المادة: فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص٢١٧.

(٢)يقصد بالتحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة: ذلك التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف، وفقاً لما يخوله لهم القانون، باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيداً عن أي مركز تحكيم دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه. راجع في هذا الصدد: فتحي والي، المرجع السابق، ص٣٨، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص١٢٦ وما بعدها، مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٣٤.

(٣)يقصد بالتحكيم المؤسسي أو النظامي: هو الذي يتفق فيه الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مراكز التحكيم الدائمة، أو مؤسسات التحكيم الدائمة سواء كانت وطنية أو دولية. فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته، وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين، أو أحدهم، حسب الاتفاق بين الطرفين، أو يقوم بمراجعة حكم التحكيم، حسب ما تنص علية لائحته. راجع في هذا الصدد: فتحي والي، المرجع السابق، ص٣٨، د. مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص١٢٦ وما بعدها، مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص٣٤ وما بعدها.

نافذ المفعول. بيد أن محكمة التحكيم رفضت وجهة نظر الحكومة السوفيتية، وأكدت، في حكمها الصادر في ٢ سبتمبر ١٩٣٠، أنه على الرغم من أن الحكومة السوفيتية قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم، إلا أنها تظل ملزمة بالالتزامات الواردة في عقد الامتياز. وبصفة خاصة بشرط التحكيم الوارد في العقد[١]. ويعد ذلك إعمالاً ضمنياً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي.

ثم صدرت العديد من أحكام التحكيم الدولية التي تؤكد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. ويمكن أن نذكر منها حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم ١٥٢٦ لعام ١٩٨٦.

وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن إحدى الدول الأفريقية قد منحت أحد الرعايا البلجيكيين المقيمين فيها، باعتباره صاحب امتياز، الحقَّ في شراء المنتجات المعدنية على إقليمها الوطني. وعلى أثر قيام الدولة المتعاقدة بإلغاء العقد، بإرادتها المنفردة، قبل حلول الأجل المتفق عليه، تقدم ورثة صاحب الامتياز إلى محكمة التحكيم الدائمة، لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، مطالبين بالتعويض وفقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد. بيد أن الدولة المتعاقدة قد رفضت المشاركة في إجراءات التحكيم. ولذلك بدأ المحكم المعين من قبل محكمة تحكيم الغرفة بإثبات اختصاصه. وفي هذا الصدد ذهب المحكم إلى أن "هناك قاعدة مسلماً بها الآن في مجال التحكيم الدولي مفادها: أن شرط التحكيم سواء كان قد أبرم على نحو منفصل عن التصرف القانوني المتعلق به أو كان وارداً فيه، يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان"[٢].

وفي القضية رقم (٩٥١٧) لعام ٢٠٠٨، ذهب المحكم المعين من قبل محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس إلى القول بأنه: "لا تتأثر صحة البند التحكيمي الأساسية بعدم صحة الاتفاقية الأساسية التي تتضمنه طبقاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم"[٣].

---

**[١]أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٠٩.**

**[٢]أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص٢١٠.**

**[٣]منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، ٢٠١٠، ص٨١٥ وما بعدها.**

كما أخذت أحكام التحكيم، الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقود البترول، المبرمة بين الدول (أو الأشخاص العامة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية، بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

ففي أحكام التحكيم الثلاثة الصادرة في المنازعات التي نشأت بين ليبيا وشركات البترول الأجنبية، على أثر قيام الحكومة الليبية باتخاذ إجراءات التأميم ضدها، قامت محاكم التحكيم – المعنية– بتطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، مؤكدة على أن اتفاق التحكيم يظل قائماً، على الرغم من قيام الحكومة الليبية بإنهاء عقود الامتياز المبرمة بينها وبين هذه الشركات بطريق التأميم[1].

وهكذا ذهب جانب من الفقه[2] إلى القول بأن حكم التحكيم الذي أصدره المحكم المنفرد M. Lagergren في ١٠ أكتوبر ١٩٧٣ في قضية شركة B.P ضد الحكومة الليبية، قد أخذ بشكل ضمني بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. فقد ذهب المحكم، رداً على ادعاء الشركة بأن قانون التأميم لا أثر له على إنهاء عقد الامتياز، الذي يظل صحيحاً وواجب التطبيق، إلى القول: بأن " القانون الصادر بالتأميم قد أنهى عقد الامتياز الممنوح إلى شركة B.P.، وذلك باستثناء أثر عقد الامتياز، الذي يُعد أساساً لاختصاص هذه المحكمة، ولحق الشركة المدعية في مطالبة المدعى عليه بالتعويض أمام محكمة التحكيم".

وأيضاً فإن المحكم المنفرد الأستاذ (Dupuy) في قضية شركة (تكساكو Texaco) الأمريكية ضد الحكومة الليبية[3] كان أكثر صراحة من التحكيم السابق، وذلك في الحكم التمهيدي الذي أصدره في ٢٧ نوفمبر ١٩٧٥، والمتعلق بالفصل في مسألة اختصاصه، والذي رفض فيه وجهة النظر التي تمسكت بها الحكومة الليبية، والتي مفادها: "إن إجراءات التأميم ما دام من

---

**(1) حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٥، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٢.**

**(2) حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٣٥ وما بعدها، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٤.**

**(3) لمزيد من التفصيل راجع: حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٥٢ وما بعدها، إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠، ص١٤٧ وما بعدها، عبد الحميد علي عبدالله، اتفاق التحكيم في القانون الليبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٣٣ وما بعدها.**

شأنها وضع نهاية لعقود الامتياز ذاتها المبرمة بينها وبين هذه الشركات، وأن هذا الأثر يجب أن يمتد إلى شروط التحكيم الواردة في هذه العقود"، وذلك بالاستناد إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[١].

كذلك فإن المحكم المنفرد الأستاذ (M. SobhiMahmassani) في قضية شركة (ليامكو Liamco) الأمريكية ضد الحكومة الليبية[٢]، قد ذهب في الحكم الذيأصدره في ١٢ أبريل ١٩٧٧ إلى القول بأنه: "من المسلم به عموماً – في الواقع وفي القانون الدوليين– بقاء شرط التحكيم، بعد فسخ الدولة بإرادتها المنفردة للعقد الذي يتضمنه، وإن هذا الشرط يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الفسخ"[٣].

كما كرس أيضاً مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، حكمُ التحكيم الصادر في كوبنهاجن، في ١٤ يناير من عام ١٩٨٢، في قضية الشركة الفرنسية (ELF _Aquitaine) ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (NIOC)، إذ ذهب المحكم المنفرد الأستاذ (Gomard) في نهاية حكمه إلى القول: "من المبادئ المعترف بها عموماً في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تحدث آثارها حتى ولو تمسك أحد الأطراف بأن العقد المتضمن لشرط التحكيم يعد باطلاً وكأن لم يكن. إذ إن استقلال شرط التحكيم يعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي، تم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية، وإن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الشرط المذكور محل تأييد من قبل الفقه المتخصص في مجال التحكيم التجاري الدولي، وانتهى بحكمة، بأن شرط التحكيم يلزم الأطراف، ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته الإلزامية بادعاء الشركة المدعى عليها من أن العقد بأكمله باطل ولا أثر له"[٤].

---

[١] **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٦، د. سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٤.**

[٢] **لمزيد من التفصيل راجع: حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص٤٨ وما بعدها، إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم، المرجع السابق، ص١٤٨ وما بعدها، عبد الحميد علي عبدالله، المرجع السابق، ص٢٣٢ وما بعدها.**

[٣] **حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٣٦، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٤.**

[٤] **راجع تفصيلاً: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٦ وما بعدها، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٥ وما بعدها.**

## المطلب الثاني

## موقف الأنظمة القانونية الوطنية من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

كان لحداثة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم دور في تباين وجهات النظر لدى المشرعين، مما حدا بالبعض لاستقباله في النظام القانوني الوطني بيسر وسهولة، وذلك على عكس كثير من الدول وتقف في طليعتها الجمهورية العراقية، التي لم تستقبل هذا المبدأ في نظامها القانوني، وهو موقف لا بد من الوقوف عليه. ولدراسة ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي:

**الفرع الأول:** موقف القانون العراقي من مبدأ الاستقلالية.

**الفرع الثاني:** موقف القانون المقارن من مبدأ الاستقلالية.

### الفرع الأول

### موقف القانون العراقي من مبدأ الاستقلالية

قبل بيان موقف القانون العراقي من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لا بد لنا من الإشارة أولاً إلى موقف النظام القانوني العراقي من التحكيم، وشرط التحكيم بصورة عامة، وثانياً نبين موقفه من مبدأ الاستقلالية بصورة خاصة.

**أولاً: موقف النظام القانوني العراقي من التحكيم وشرط التحكيم:**

قبل كل شيء لا بد من القول إنه لا يوجد في النظام القانون العراقي أي قانون خاص بالتحكيم، وكل ما هنالك هو وجود ست وعشرون مادة (٢٥١_٢٧٦) تنظم أحكام التحكيم، والتي وردت ضمن مواد قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩[١].

وبالرجوع إلى تلك المواد، نجد أنه لا توجد أية إشارة إلى التحكيم الدولي بشكل صريح، وإنما اقتصرت على التحكيم الداخلي الذي يجري في العراق، وبالأخص التحكيم الحر ( Ad Hoc). فلا وجود للتحكيم المؤسسي، فليس هناك أية مؤسسة تحكيمية مستقلة في العراق[٢].

---

[١] منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٧٦٦، لعام ١٩٦٩.

[٢] فوزي محمد سامي، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، دراسة منشورة في مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، ٢٠١٢، ص١٠١.

ونتيجةً لذلك، ساد جدل في الفقه العراقي – في اتجاهين- حول بيان مدى شمول تلك النصوص لنوعي التحكيم الداخلي والدولي، أم إنها خاصة بالتحكيم الداخلي دون الدولي.

فوفقاً للاتجاه الأول: يرى البعض أن سكوت المشرع العراقي عن النص على التحكيم الدولي، يعني انه لا يأخذ بهذا التحكيم وتنفيذه في العراق إطلاقاً، ولا يمكن استخلاص ذلك ضمنياً من بين النصوص الساكتة عنه[١].

أما الاتجاه الثاني: فذهب إلى عكس ذلك، ويرى أن قانون المرافعات العراقي عندما نظم أحكام التحكيم لم يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي. كما إن قرارات التحكيم لا تنفذ بشكل مباشر، بل يجب تحقق الشروط المطلوبة فيها، وبعد مصادقة محكمة عراقية مختصة عليها، ولا يهم بعد ذلك كون التحكيم قد تم في العراق أو في خارجه[٢].

أياً كان أمر هذا الخلاف، وبما أن قانون المرافعات العراقي نص على أن أي حكم تحكيمي لا يمكن تنفيذه ما لم يتم تصديقه من قبل المحكمة المختصة[٣]، فإن هذه الأخيرة هي التي تقرر ما إذا كان حكم التحكيم موافقاً للقانون العراقي شكلاً وموضوعاً أم لا.

تأسيساً على ذلك يمكن القول: إن نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي تتصف بالعمومية والإطلاق، وترتدي طابعاً تقليدياً لا نلتمس فيه أي محاكاة للمبادئ السائدة في أنظمة التحكيم، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن النظام القانوني العراقي لم يفرق بين أحكام التحكيم الوطنية، والأجنبية والدولية، مثلما فعلت الكثير من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

أما على الصعيد التعامل الدولي وموقف العراق من شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، فنجد مع غالبية الفقه العراقي[٤]، إن موقفه بشكل عام سلبي، ويتجنب اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناتجة عن تلك العقود.

---

**[١] غالب علي الداوودي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، صادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الرابع عشر، السنة التاسعة، بغداد، ١٩٨٢، ص٣٠٨ وما بعدها.**

**[٢] ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٧، ص٤٢٥ وما بعدها.**

**[٣]تنص الفقرة (١) من المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات العراقي على أنه: " لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ".**

**[٤]فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٤٦٢.**

فعلى الرغم من انضمام العراق إلى بروتوكول جنيف، المتعلق باتفاق التحكيم لعام ١٩٢٣ والذي أقرته عصبة الأمم، والذي يفرض على الدول المتعاقدة احترام اتفاق التحكيم، وذلك بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٢٨[١]، إلا أن أهم نصوص هذا البروتوكول لم تؤخذ بنظر الاعتبار من قبل المشرع العراقي.

ثم بعد ذلك، صدور قرار ديوان التدوين القانوني (سابقاً)، مجلس شورى الدولة (حالياً)، رقم (١٣٢) لعام ١٩٧٨[٢]، الذي اتخذ من شرط التحكيم موقفاً عدائياً؛ " فيتم اللجوء إليه بمنتهى الحيطة، والحذر، وقبل كل شيء يجب التماس رأي الجهات العليا، وموافقتها بصدده باعتباره يشكل استثناء من القاعدة، وذلك لأن الأصل سيادة القضاء العراقي، ووضع شرط التحكيم في عقود الدولة إنما يعني التجاوز على مبدأ سيادة الدولة "[٣].

وقد كرس المشرع العراقي بدوره، الموقف العدائي المذكور، من شرط التحكيم في العقود الإدارية، في قانون حماية الأموال، أو المصالح والحقوق العراقية، في داخل العراق وخارجه، رقم (٥٧) لسنة ١٩٩٠[٤]، حيث نصت المادة (٦) منه على أن: " تمتنع المحاكم وهيئات التحكيم العراقية في النظر في أية دعوى تقام داخل العراق ضد الحكومة العراقية أو مؤسساتها أو شركاتها، أو أية جهة حكومية أو أي شخص عراقي طبيعي، أو معنوي، .... ولا يقيد بأي قانون أو قرار، مهما كانت طبيعته، صدر ويصدر عن أية محكمة أو هيئة تحكيمية أو أية جهة أخرى في الخارج...".

يتضح لنا من هذه المرحلة، أن موقف العراق من إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية هو موقف عدائي، منغلق، يُبرر بالسيادة وبحماية مصالح العراق[٥].

ولا يقتصر الأمر على العراق، إذ كانت كثير من الدول تكرس مبدأ منع الدولة من اللجوء إلى التحكيم، وذلك إما على أساس مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية، والسلطات

---

**[١]منشور في مجموعة القوانين والأنظمة العراقية لعام ١٩٢٨.**

**[٢]منشور في مجلة العدالة، وزارة النفط العراقية، العدد الأول، السنة الخامسة، ١٩٧٨، ص١٤٤.**

**[٣] حسنين جبار شكير، تنفيذ أحكام المحكمين في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٢، ص٤٦.**

**[٤]منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٣٣٢٦، لعام ١٩٩٠.**

**[٥]حسنين جبار شكير، المرجع السابق، ص٤٧.**

القضائية، أو على أساس تعلق المنازعات الإدارية بالنظام العام، أو على أساس أهلية الدولة لإبرام اتفاق التحكيم[١].

غير أن إدراك الدول، ومنها العراق، لدور التجارة الدولية في عملية التنمية، وتفهمه للدور الحمائي والتشجيعي الذي يقوم به شرط التحكيم، وخصوصاً في عقود الاستثمار[٢]، أدى به الانتقال إلى مرحلة جديدة بهذا الخصوص. فقد حدد المشرع العراقي نطاق المسائل التي يشملها شرط التحكيم، بالنسبة لعقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، وهي المسائل التجارية حصراً، إذ نصت المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦على أن: "المنازعات الناشئة بين الهيئة (هيئة الاستثمار العراقية)، أو أي جهة حكومية، وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون... تخضع للقانون أو المحاكم العراقية في المسائل المدنية، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم، على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الطرفين".

وبناءً عليه، تضع وزارة النفط العراقية، في الوقت الحالي، عقداً نموذجياً لإبرام عقود الخدمة النفطية[٣]، مع شركات النفط الأجنبية، يتكون من (٤٣) مادة[٤]، وقد ضمنته شرط تحكيم لحل ما ينشأ من نزاعات بين الطرفين: الوزارة، وشركات النفط الأجنبية[٥].

---

**[١]محي الدين القيسي، أهلية مؤسسات وهيئات الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، بحث مقدم في مؤتمر "مراكز التحكيم العربية"، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ١٩٩٩، منشورات المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، دمشق، ٢٠٠٣، ص٢٣٧ وما بعدها، أشار إليه: حسنين جبار شكير، المرجع السابق، ص٤٧.**

**[٢] حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص٩.**

**[٣]يقصد بعقد الخدمة النفطية: اتفاق تلتزم بمقتضاه الحكومة بمنح الحق في التنقيب والإنتاج إلى مستثمر محلي أو أجنبي لقاء مقابل يتفق علية. ينظر في هذا الصدد: علاء عزيز الجبوري، عقد الترخيص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٠، ص١٠، أحمد سلمان السعداوي وحسن موسى التميمي، الاستثمار النفطي في العراق، مجلة القانون، صادرة عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص٩.**

**[٤]العقد منشور في الموقع الرسمي لوزارة النفط العراقية على الرابط الإلكتروني الآتي:**
**http://www.oil.gov.iq.**

**[٥]تنص المادة (٣٧) من العقد النفطي على ما يلي: " فقرة ٣_ إن جميع النزاعات الناشئة عن هذا العقد أو ما يتصل به، باستثناء النزاعات التي تمت تسويتها بشكل نهائي، بالإحالة إما إلى الإدارات العليا أو للخبير، تتم تسويتها بموجب أنظمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، بواسطة ثلاثة محكمين معينين وفقاً لتلك الأنظمة. فقرة ٥_ يكون مركز التحكيم في باريس(فرنسا) ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك. =**

تأسيساً على ذلك، وإيماناً منها بأهمية التحكيم في الوقت الحالي، طالبت الجمهورية العراقية اعتبارها طرفاً ثالثاً مستفيداً في العقد المبرم بين الأمم المتحدة، وبنك "ناسيونال دو باريس– باري با" لتنفيذ برنامج "النفط مقابل الغذاء"، وذلك أمام محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، حيث إن العقد المذكور يتضمن بنداً تحكيمياً، فتحال النزاعات الناشئة عن العقد بين الأمم المتحدة وبنك "ناسيونال دو باريس" إلى التحكيم، حيث إن العقد يتضمن التزام البنك المذكور، بإيداع الأموال المستحصلة من بيع النفط العراقي، من أجل توفير المستلزمات الغذائية والدوائية، للشعب العراقي، بعد فرض الحصار الاقتصادي عليه، وحيث إن الجمهورية العراقية هي طرف مستفيد من العقد، لذا طالبت شمولها بالعقد المذكور، للاستفادة من بند التحكيم، ولإحالة النزاع إلى التحكيم، وذلك لإخلال بنك "ناسيونال دو باريس" بالتزاماته التعاقدية حسب ادعاء الجمهورية العراقية. إلا أنَّ محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، قامت برفض طلب ممثلي الجمهورية، بمد شرط التحكيم، وقد عللت المحكمة المذكورة موقفها المتقدم إلى سببين:

– الأول: إن الجمهورية العراقية ليست خلفاً للأمم المتحدة في القضية الحاضرة وليست في مصافها.

– الثاني: إنه لا توجد علاقة كافية تربط الجمهورية العراقية بالعقد الذي يربط الأمم المتحدة وبنك "ناسيونال دو باريس"[1].

يتضح لنا من مجمل ما تقدم، أن العراق يكاد يكون منغلقاً ومتخذاً موقفاً سلبياً تجاه التعامل مع التحكيم التجاري الدولي[2]بالمقارنة مع الدول الأخرى. لكن الضرورات العملية والتحولات التي شهدها العراق في أصعدة متنوعة، ومنها الجانب الاقتصادي، وارتباطه بالكثير

---

**= فقرة ٦_ تكون لغة التحكيم هي اللغة الإنجليزية. ويتم إصدار قرار التحكيم بالإنجليزية، ويكون القرار نهائياً وملزماً لطرفي النزاع".**

**(١)محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، قرار بدون رقم، تاريخ ٣/مارس/٢٠١٠، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٥٤٣.**

**(٢)ينظر في موقف العراق من التحكيم التجاري الدولي تفصيلاً: ظاهر مجيد قادر، الاختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، ٢٠١٢، ص٢١٠ وما بعدها، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٤٦١ وما بعدها.**

من عقود توفير السلع والخدمات، وما قد ينشأ عنها من منازعات يتعين حسمها بقواعد أكثر مرونة لجذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها، جعلته يقبل شيئاً فشيئاً بوضع شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية.

أما فيما يخص موقف القانون العراقي من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فهذا ما سنتطرق له في النقطة الآتية:

**ثانياً: موقف القانون العراقي من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:**

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية العراقي _الحالي_ أي نص صريح، يشير إلى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. فعلى الرغم من أن أحكامه اقتصرت على معالجة التحكيم المحلي الذي يجري داخل العراق، فإنه لم يشير أيضاً إلى مبدأ الاستقلالية، لا في التحكيم الداخلي ولا في التحكيم الدولي الذي لم ينظمه أصلاً.

وبناءً على ذلك، اتجهت الجهود بخطى حثيثة لإعداد مشروع قانون للتحكيم التجاري العراقي، ليكون من بين أهدافه إيجاد قواعد تحكيم تنسجم مع قواعد التحكيم التجارية الدولية، ويواكب التطور القانوني في مجال التحكيم الدولي. ولم يكن المشروع المذكور إنموذجاً خاصاً وفريداً من نوعه، إذ إنه استقى جُلَّ أحكامه من التشريع المقارن، وبخاصةً من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، وقانون اليونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر في العام ١٩٨٥ والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦[١].

هذا ولقد تبنى مشروع قانون التحكيم العراقي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأكد عليه بنص صريح لا لبس فيه ولا غموض. فقد نصت المادة (٨) منه على أنه: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم، حتى إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"[٢].

---

**[١]جدير بالذكر أن قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مأخوذ أصلاً من قانون اليونستيرال النموذجي مع بعض أوجه الاختلاف.**

**[٢]تقابلها المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١٦) من قانون التحكيم اليمني، والمادة (١١) من قانون التحكيم السوري.**

وفي تحليل لهذا النص، يلاحظ بأن المشرع العراقي قد وضع من خلاله مجموعة من الحقائق، استعانت بها واعتمدت عليها المحاكم القضائية والتحكيمية، في المسائل المتعلقة بمدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، والتي من أهمها:

١ _ الاعتراف الصريح والواضح باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، مسايراً بذلك الاتجاهات التشريعية الحديثة في الاعتراف بمبدأ الاستقلالية، ومراعياً متطلبات التجارة الدولية.

٢ _ لقد حسم المشرع العراقي_ في مشروع قانون التحكيم_ موقفة من قاعدة الاستقلالية، فأكد عليها، ووضع حداً ونهايةً لكل جدل دار بهذا الخصوص، وذلك من خلال أحكام المادة (٨) التي نحن بصددها. فقد اعتبر أن شرط التحكيم يعد اتفاقاً مستقلاً عن العقد الذي يتضمنه، وهذا يعني أن بطلان العقد الرئيسي لا يؤثر على اتفاق التحكيم ولا يبطله، وإنما يبقى هذا الاتفاق فاعلاً ويجب إعماله.

٣_ على الرغم من تبني المشرع العراقي التوجه التشريعي الحديث، بخصوص استقلالية اتفاق التحكيم، إلا انه لم يعالج الحكم المترتب على بطلان شرط التحكيم في عقد صحيح، كما فعل نظيره الفرنسي واللبناني، واللذين اعتبرا أنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر كأن لم يكن[١]، وهو حل منطقي لأنه يجب بقاء العقد الأصلي صحيحاً، ويسترد القضاء العادي ولايته للفصل في المنازعات التي تثور بشأنه بدلاً من قضاء التحكيم[٢].

ويعتبر هذا الحكم على درجة كبيرة من الأهمية، لأنه يجيب على تساؤل هام يتعلق بمصير اتفاق التحكيم الباطل في عقد صحيح. وعليه، نتمنى على المشرع العراقي، أن يبين موقفه بشكل واضح وصريح في هذا الجانب، ويتبنى في مسودة مشروع قانون التحكيم ما أخذ به القانون الفرنسي واللبناني بهذا الخصوص.

## الفرع الثاني

## موقف القانون المقارن من مبدأ الاستقلالية

أخذت معظم التشريعات الحديثة، المتعلقة بالتحكيم، بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. ومنها قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٣]، والذي حسم الخلاف

---

[١] المادة (٧٦٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة (١٤٤٧/٢) من المرسوم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية.

[٢] ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣٢٨.

[٣] منشور في قاعدة التشريعات المصرية على الرابط الإلكتروني الآتي:
http://www.arablegalportal.org.egyptverdicts.

السابق الذي كان سائداً في الفقه المصري حول مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[1]، متبنياً مبدأ الاستقلالية بجميع أبعاده. فقد نصت المادة (٢٣) منه على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد، قد نص بشكل صريح على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم تأثر هذا الاتفاق بما قد يلحق العقد الوارد فيه من بطلان أو فسخ أو إنهاء، وهي أحد الآثار المترتبة على مبدأ الاستقلالية.

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: " شرط التحكيم يعد اتفاقًا مستقلاً عن شروط العقد الأصلي ولا يترتب ثمة أثر على بند التحكيم عند بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي،..."[2].

وقد سار في نفس الاتجاه أيضاً قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١[3]، حيث نص على مبدأ الاستقلالية بشكل صريح وواضح. جاء ذلك في المادة (٢٢) منه والتي نصت على أنه: " يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". وهو ما أكده القضاء الأردني في العديد من أحكامه[4].

---

**[1] ينظر في شأن هذا الخلاف تفصيلاً: سامية راشد، المرجع السابق، ص١٧٠ وما بعدها، خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢١٣ وما بعدها، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٩٢ وما بعدها، محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص١٠٥ وما بعدها.**

**[2] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، الدعوى رقم ١٠٣ لسنة ١٦٢ قضائية، تاريخ ٢٠١٠/٦/٨، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، السنة الخامسة، ٢٠١٣، ص٥٥٢، وكذلك قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجاري، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٢٧، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الحادي والثلاثون، ٢٠٠٤، ص٢٦ وما بعدها.**

[3] منشور في قاعدة التشريعات الأردنية على الرابط الإلكتروني الآتي:

**http://www.lob.gov.jo**

**[4] فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بهذا الصدد بأن: "شرط التحكيم يعد اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه،..."، محكمة التمييز الأردنية، الهيئة العامة، القضية رقم ٣٣٠٩، تاريخ ٢٠١٠/١/٢٧، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، ٢٠١١، ص٢١٣، وكذلك قرار لمحكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم القضية ١٧٨٣، تاريخ ٢٠١٠/١٠/٦، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، ٢٠١١، ص٢٦٩.**

أما القانون اللبناني، فلم يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٩٠) لعام ١٩٨٣[١]، نصاً عاماً أو صريحاً يكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. ولكن الاجتهاد اللبناني كرس هذه الاستقلالية _في التحكيم الداخلي والدولي_ استناداً للمادة (٧٨٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي تمنح المحكم سلطة الفصل في المنازعة التي يثيرها أحد الخصوم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة إليه[٢].

فقد قضت محكمة استئناف بيروت بهذا الصدد بالقول: "إن البند التحكيمي ضمن إطار القانون الدولي الخاص هو كيان مستقل، عن كيان العقد الذي يتضمنه، بحيث إن زوال العقد قبل إقامة الدعوى ليس من شأنه أن يؤثر في صحة هذا البند"[٣].

يتضح لنا من هذا الحكم، أن القضاء اللبناني قد تبنى، وبشكل صريح، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، على خلاف قانون أصول المحاكمات المدنية كما أشرنا سابقاً.

كما وتضمنت إقرارَ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أيضاً نصوصُ قوانين التحكيم في كل من سوريا[٤] وتونس[٥] والجزائر[٦] وغيرها.

وإذا كانت غالبية التشريعات العربية، المتعلقة بالتحكيم، قد أقرت وبشكل صريح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فإن هنالك تشريعات عربية أخرى لم تتطرق إليه أصلاً، ومنها نظام التحكيم السعودي والكويتي والإماراتي[٧].

---

**[١]المشتمل في التشريع اللبناني، طبع وتوزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.**

**[٢]ينظر تفصيلاً: روجيه عاصي، هل آنَ الأوان لإعادة النظر في قانون التحكيم اللبناني؟، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٧٩، إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء العاشر، التحكيم، بدون ذكر دار نشر، ١٩٨٨، ص١٩١ وما بعدها، ريما شرف الدين الحوت، البند التحكيمي في القانون اللبناني، رسالة دبلوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، الفرع الأول، بيروت، ٢٠٠٠، ص١٥ وما بعدها.**

**[٣]محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم ٢٠١٠/١٠٠٤، تاريخ ٢٠١٠/٧/٢١، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص٤٠٢، وكذلك قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم ٢٠٠٨/٧٦٨، تاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٠، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٤٥، ٢٠٠٨، ص٤٨. وفي التحكيم الداخلي أنظر: قرار محكمة الاستئناف في بيروت، الغرفة الثالثة، تاريخ ١٤/تشرين الأول/٢٠٠٤، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣٢، ص٢١ وما بعدها.**

**[٤]المادة (١١) من قانون التحكيم السوري.**

**[٥]المادة (٦١) من قانون التحكيم التونسي.**

**[٦]المادة (٤٠٨) من قانون التحكيم الجزائري.**

**[٧]ولكن القضاء الإماراتي ذهب إلى عكس ذلك تماماً، حيث قضت محكمة التمييز بدبي بأنه: "من المقرر أن بطلان العقد الأصلي، المبرم بين الطرفين والمتضمن شرط التحكيم، أو فسخه أو إنهاءهُ لا يمنع من أن يظل=**

أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية، فنلاحظ أن معظمها قد أقرت هذا المبدأ وبشكل صريح ومباشر. ومنها القانون الفرنسي الجديد، فبعد أن ظل قانون المرافعات المدنية الفرنسي مرسوم رقم (٥٠٠) لسنة ١٩٨١، قبل التعديل، حتى وقت قريب جداً، خالياً من أي نص صريح يكرس الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، جاء المرسوم الفرنسي الجديد رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية[١]، متضمناً نصاً صريحاً، يؤكد على الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في المادة (١٤٤٧) منه والتي نصت على أن: " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، وهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا العقد"[٢].

يتضح لنا من هذا النص أن المشرع الفرنسي_ في المرسوم الجديد_ قد حسم الخلاف الذي كان سائداً في ظل القانون السابق، حول الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من عدمه.

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فقد كان واضحاً وصريحاً حتى قبل صدور المرسوم الجديد رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، ومُقراً في العديد من أحكامه بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. وكان أولها وأبرزها الحكم الشهير الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٦٣ في قضية (Gosset)[٣]، السابق الإشارة إليه، والذي أكد على أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل.

هذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية، سارت علية محاكم الاستئناف في فرنسا في الكثير من أحكامها. ففي حكم لها ذهبت محكمة استئناف باريس إلى القول بأن: "

---

**=شرط التحكيم سارياً ومنتجاً لأثره، ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته، فيكون في هذه الحالة لا أثر له، وذلك باعتبار أن شرط التحكيم له، استقلالية وموضوع خاص به_ والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشترط التحكيم فيه من ولاية المحاكم_ وإسناد ولاية الفصل إلى هيئة التحكيم". تمييز دبي، الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٨، جلسة الأحد ٢٠٠٨/١٠/١٢، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ٢٠٠٩، ص١٧٩. ومن الجدير بالذكر أن مشروع قانون تحكيم دولة الإمارات العربية المتحدة قد أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وبشكل صريح وذلك في المادة (٤/١١) منه.**

**[١] المرسوم الفرنسي الجديد منشور باللغة العربية في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٨١٩.**

**[٢] وقد وردت هذه المادة بشأن التحكيم الداخلي في فرنسا، إلا إنها تسري أيضاً على التحكيم الدولي إعمالاً للإحالة الصريحة الواردة في المادة (١٥٠٦) من القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم الدولي.**

**[٣] راجع هذه القضية بالتفصيل ص١١ من هذه الرسالة.**

شرط التحكيم له استقلالية قضائية، عن العقد الأساسي الذي يندرج ضمنه، تعزله عن التأثير ببطلان هذا العقد المحتمل...."[1].

كما تبنى قانون الإجراءات الهولندي الصادر في عام ١٩٨٦ مبدأ الاستقلالية، وذلك في المادة(١٠٥٣) منه، والتي نصت على أنه: "يعتبر شرط التحكيم مستقلاً في العقد. وتكون المحاكمة التحكيمية صالحة للبت في صحة العقد الأساسي الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه أو متعلقاً به"[2].

وإلى جانب هذه التشريعات السابق بيانها، والتي نصت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على نحو مباشر، فإن هنالك بعض التشريعات الحديثة التي نصت على هذا المبدأ، بشكل غير مباشر، وذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد فيه، وهو ما يعد بمثابة إقرار لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. ويمكن أن نذكر منها القانون الدولي الخاص السويسري، الصادر سنة ١٩٨٧، إذ نصت المادة (٣/١٧٨) من هذا القانون على أنه: " لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي"[3]. وكذلك الحال في القانون الإسباني الصادر في عام ١٩٨٨، إذ نصت المادة (٨) من هذا القانون على أن: "بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به"[4].

يتضح من مجمل ما سبق ذكره، أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يتعلق به، أصبح من المبادئ الثابتة والمستقرة في مجال التحكيم الدولي، حيث

---

**(١)محكمة استئناف باريس، القسم الأول، الغرفة الأولى، القضية رقم ٦٠٧/١٨٨٧٨، تاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٨، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، السنة الثالثة، ٢٠٠٩، ص٨٧٦، وكذلك قرار محكمة استئناف باريس، القسم الأول، الغرفة الأولى، تاريخ ٢٠١١/٤/٧، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٦١٩.**

**(٢)أشار لنص هذه المادة: عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص٥٣٠.**

**(٣)أشار لنص هذه المادة: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٠، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٠٠.**

**(٤)أشار لنص هذه المادة: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٣٠، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٠٠.**

نصت عليه غالبية التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وتم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني بالنسبة للاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، كما كرسته قواعد أو مراكز التحكيم الدائمة ذات الطبيعة الدولية. كما طبقته أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات ذات الطابع الدولي، وهو مبدأ مهم له عظيم الفائدة في استبعاد أثر البطلان أو الإنهاء الذي يتعرض له العقد الأصلي، مما يبرز أهمية اتفاق التحكيم.

# الفصل الثاني

# النتائج المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم

عندما يحدث نزاع من قبل الأطراف، حول صحة العقد الأصلي أو بطلانه، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يأخذ دوره من ناحية النأي باتفاق التحكيم عن هذه المنازعة؛ ليرسخ عدم ارتباط الحالة القانونية لاتفاق التحكيم بحالة العقد الأصلي من ناحية العوارض القانونية.

وفي حالة تعلق اتفاق التحكيم بإحدى العلاقات الدولية الخاصة، ففي هذه الحالة لا يقتصر دور المبدأ محل البحث على النأي باتفاق التحكيم، بحالته القانونية، عما يصيب العقد الأصلي من عوارض قانونية، وإنما سوف يمتد أثر المبدأ المذكور ليعطيَ بعداً جدياً للعلاقة القانونية، متمثلاً بإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي.

وإذا تحقق شيء مما تقدم ذكره، فتثور مشكلة تحديد ما هي الجهة المختصة بالفصل في الأمر. فهل تكون السلطات القضائية هي المختصة بالفصل في مدى صحة العقد الأصلي وصحة اتفاق التحكيم أم يناط ذلك الأمر بهيئة التحكيم؟

ولدراسة كل ذلك، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وكما يلي:

**المبحث الأول:** النتائج المباشرة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم.

**المبحث الثاني:** النتائج غير المباشرة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم.

## المبحث الأول

## النتائج المباشرة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم

يترتب على تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه مستقبلاً، نتائج مباشرة تتمثل بعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، وإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي. وهذه النتائج يتوخاها المشرع تحقيقاً للفائدة المرجوة من تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

ولغرض دراسة هذه النتائج قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وكما يلي:

**المطلب الأول:** عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

**المطلب الثاني:** إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي.

## المطلب الأول

## عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

يعتبر عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، من أهم الآثار أو النتائج المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهذا معناه أن هناك استقلالاً بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي. غير أنه قد يكون العقد الأصلي منعدماً، فهل يمكن التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم؟ هذا يتطلب منا معرفة مضمون قاعدة عدم ارتباط المصير بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وبيان نطاق هذه القاعدة.

ولدراسة ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي:

**الفرع الأول:** مضمون قاعدة عدم ارتباط المصير.

**الفرع الثاني:** نطاق قاعدة عدم ارتباط المصير.

## الفرع الأول

## مضمون قاعدة عدم ارتباط المصير

يقصد بقاعدة عدم ارتباط المصير، بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، أن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق. فالعقد أو اتفاق التحكيم وإن كانا يسكنان وثيقة واحدة، إلا أنهما في الحقيقة مستقلان ومنفصلان، لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه. وبالتالي فإن الإدعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه، في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم تم توقيعه، ولكن لم يدخل مرحلة النفاذ، أو أنه باطل أو أنه تم فسخه، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، فهذا لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به. كذلك فإن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي، لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء اتفاق التحكيم[١].

ولكن يشترط لكي يترتب على استقلالية اتفاق التحكيم هذا الأثر المهم أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته. فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضاً اتفاق التحكيم (كعيب الرضا مثلاً)، فإن كلاً منهما يعد باطلاً[٢]، ولا يكون لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في هذه الحالة أي أثر. أما إذا كان البطلان خاصاً بالعقد (كما لو كان العقد ذاته مخالفاً لقاعدة من النظام العام مثلاً) ففي هذه الحالة يمكن التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وبالتالي الإدلاء بعدم تأثره بما لحق بهذا الأخير من بطلان[٣].

وعلى الرغم من أن المنطق القانوني يقضي بأنه إذا بطل العقد فإن جميع بنوده تكون باطلة، وإذا كان اتفاق التحكيم يعتبر بنداً في العقد، فإن آثار البطلان تمتد إلى هذا الاتفاق، أي إن بطلان العقد لأي سبب كان فإن هذا البطلان يشمل اتفاق التحكيم باعتباره جزءاً منه. ومع

---

(١) **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٣ وما بعدها، هادي سليم، تعليق على القرار التحكيمي رقم (٩٥١٧) الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، ٢٠١٠، ص٨٣٢.**

(٢) **محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٠٩/٢٦٥، مدني، تاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٥، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٣٣٥.**

(٣) **سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢١٩.**

هذا فإن الخروج على ذلك، والقول باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم الارتباط أو التأثر بما يطرأ عليه من مؤثرات، إنما جاء تلبيةً لاعتبارات التجارة الدولية[١].

## الفرع الثاني

## نطاق قاعدة عدم ارتباط المصير

الواقع، إن نطاق القاعدة المتقدمة، بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أثارت جدلاً فقهياً واسعاً، وهي الحالة التي يكون فيها العقد منعدماً.

وفي هذا المقام يبرز تساؤل مهم وهو: هل يمكن التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وعدم تأثره بمصير العقد الوارد فيه أو المتعلق به، في حالة انعدام هذا الأخير؟

في هذا الصدد اختلف الفقه بين اتجاهين:

فقد ذهب جانب من الفقه[٢] إلى التفريق بين بطلان العقد وانعدامه، باعتبار أن العيب الذي يلحق به منذ انعقاده ويؤدي إلى انعدامه، يختلف عن العيب الذي يؤدي إلى بطلانه. وبالتالي، فإن اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، بينما على العكس من ذلك، يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه.

هذا في حين يرى جانب آخر من الفقه[٣] إن التفرقة السابقة بين بطلان العقد وانعدامه، تعتبر من المسائل الشائكة التي لا داعي لها، خاصةً وأن مفهوم الانعدام من الموضوعات التي

---

**(١) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، بند ٣٨، ص٦٩،ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص١٢٢.**

**(٢) Pieter Sanders: "L'autonomie de la clause compromissoire" in Hommage aFredericEisemann, Publication CCI no.921.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٤، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٢٠.**

**(٣) B. Goldman: "Arbitrage Commercial Internaational, Convention d'arbitrag. Generalites. Autonomie et brincipe de peincipe de validite. Loi Applicable", J. CI, Droit Inter, Fasc 586-1, No. 10.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٥، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٢١.**

يصعب تحديدها. ولهذا، فإن استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بحجة أن أحد الأطراف يدعي عدم وجود العقد الأصلي، وبالتالي رفض الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه في مثل هذه الحالة، يعني قبول المخاطرة، والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الوسائل الاحتيالية التي يسعى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلى تفاديها.

فمجرد الإدعاء بعدم وجود العقد الأصلي، لا يكفي إذاً لاستبعاد اختصاص المحكم، فللمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء، وإذا لاحظ فعلاً أن العقد الأصلي غير قائم، ولا وجود له قانوناً، (لعدم توافر ركن الرضا مثلاً)، فيجب عليه بدون شك أن يقضي بعدم اختصاصه إذا ما اتضح له أن هذا الانعدام يسري أيضاً على اتفاق التحكيم، ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي يلحق أيضاً باتفاق التحكيم[١].

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام، إن بعض الفقهاء[٢] قد أشار إلى إن التفرقة، بين مسألتي بطلان العقد الأصلي وانعدامه، رفضتها بشكل صريح وواضح اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لِعام ١٩٦١، وذلك عندما نصت في المادة الخامسة منها على أنه: "لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الأصلي الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءاً منه". كما رفضتها أيضاً قواعد التحكيم، الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام ١٩٧٦، والتي تم تعديلها في العام ٢٠١٠، في المادة (٢٣) منها، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥، والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦، في المادة (١/١٦) منه، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (٤/٦) منها، ولائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة عام ١٩٩٢ في المادة (١/١٥) منها.

إلا أن هذا الاتجاه، انتقده جانب آخر من الفقه[٣]ويرى أنه قول لا يمكن التسليم به. فاتفاقية جنيف الأوروبية لم تتعرض على الأقل صراحةً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد

---

[١] **حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٤٥.**

[٢] **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٧ وما بعدها.**

[٣] **سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٢٣ وما بعدها.**

الأصلي، ولا للآثار المترتبة علية، حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوروبية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه. أما بالنسبة للوائح التحكيم، فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة، قد أشارا صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم تشيرا إلى حالة انعدام العقد. وبالتالي، يمكن القول بأن هذه اللائحة، وكذلك القانون النموذجي، يقران باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،في حالة بطلان هذا الأخير، دون حالة انعدامه، وذلك استناداً إلى إغفالها الإشارة إلى حالة انعدام هذا العقد. أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، منذ عام ١٩٩٢، فإنها قد اكتفت بالنص على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، دون أن تنص صراحة على الآثار التي تترتب على هذا المبدأ، حتى يمكن القول بأنها تقرر استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد في حالة انعدامه. ولا يستثنى من ذلك سوى لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فهي الوحيدة التي لم تميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه. حيث نصت صراحةً على أن يظل المحكم مختصاً، حتى في حالة عدم وجود العقد أو بطلانه، وبالتالي يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في كلتا الحالتين.

وإذا لاحظنا نصوص القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم، فيبدو لنا أنها تناصر الرأي الذي يميز بين حالة بطلان العقد وانعدامه.

فعلى الرغم من عدم تطرق قانون المرافعات المدنية العراقي الحالي إلى هذه الحالة، إلا أن مشروع قانون التحكيم العراقي، قد أشار صراحةً إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان، أو فسخ أو انقضاء، دون أن يشير إلى حالة انعدام العقد من أساسه[١].

وسار في نفس الاتجاه أيضاً، القانون المصري[٢] والقانون الأردني[٣]والقانون السوري[٤]، حيث أشارت هذه القوانين صراحةً إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه، ودون أن تشير إلى حالة انعدامه.

---

**[١]انظر المادة (٨) من مشروع قانون التحكيم العراقي.**

**[٢]انظر المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري.**

**[٣]انظر المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني.**

**[٤] انظر المادة (١١) من قانون التحكيم السوري.**

أما بالنسبة لموقف القضاء، فلقد ذهبت محكمة استئناف بيروت إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق. فقد قضت المحكمة المذكورة إلى: "أن التفرغ عن العقد الأصلي المشتمل على بند تحكيمي يكون شاملاً لهذا البند..."[(١)].

وفي ذات الصدد، قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكمها الصادر في ١٠ يوليو ١٩٩٠ في قضية شركة (Cassia) ضد شركة (Piainvestements Ltd) بأنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيّد بوجود العقد الأصلي، من حيث الشكل، الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به. ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص، التي تطبق على شكل العقد الأصلي"[(٢)].

ويلاحظ من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية، أنها قد تبنت التفرقة بين حالة انعدام العقد وبين حالة بطلانه. فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له في حد ذاته. ومن ثم فإن عدم وجود العقد يعد القيد الوحيد الذي يرد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الوارد فيه[(٣)].

ونحن نؤيد الرأي الأول، الذي يميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، نظراً لاتسامه بالواقعية والمنطق وكونه يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية. وذلك لأن انعدام العقد يعني عدم وجود الإرادة الحقيقية للأطراف، وبالتالي، يؤدي إلى انعدام الاتفاق على التحكيم. فليس من الصواب القول إن هناك اتفاقاً على التحكيم للفصل في نزاعات ناشئة عن عقد لم يتم فيه التراضي بين الأطراف. وعليه فانعدام الإرادة، والتعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأساسي، يؤدي إلى عدم وجود أي اتفاق، سواء كان عقداً أصلياً أو اتفاقاً على التحكيم.

---

**(١) محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم ٢٠١١/٩٣٩، تاريخ ٢٠١١/٧/٧، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثانية، ٢٠١١، ص٤٤٢.**

**(٢) Cass. Civ, 10 juillet, Rev. arb. 1990. P. 851, Note, J.H. Moitry et C. Vernce.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٦.**

**(٣) J. H. Moitry et C. Vergne, note sous l'arret de cour de cassation. 10 Juillet 1990, op. Cit.., P. 860 etSS. Spec. P. 862.**

أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٢٥، وراجع أيضاً: سامية راشد، المرجع السابق، ص١٤٥.

ولذا، نؤيد جانباً من الفقه[١] فيما ذهب إليه، من أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، وهذا الانعدام في التراضي يشمل كلاً من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي. فكيف للمرء أن يتصور أن الأطراف قد اتفقوا على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً. ومن ثم فإن انعدام التراضي يؤدي حتماً إلى عدم وجود العقد الأصلي، وكذلك عدم وجود اتفاق التحكيم الذي يتضمنه. وعلى العكس تماماً، في الحالة التي يكون فيها العقد الأصلي معيباً بعيب يؤدي إلى بطلانه. حيث إن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم الذي يتعلق به. وبناءً عليه فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لا يمكن الأخذ به إلا في حالة بطلان العقد، دون حالة انعدام وجوده من أساسه.

## المطلب الثاني

## إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي

إن التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني آخر، يختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الوارد فيه أو المتعلق به.

غير أنه لم يكن هناك اتجاه موحد من قبل الفقه على تحديد طبيعة هذا القانون، كما أن الأنظمة القانونية، الدولية والوطنية، لم تشر بصورة صريحة ضمن نصوصها للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي:

**الفرع الأول:** أثر التكييف القانوني لاتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق علية.

**الفرع الثاني:** موقف الأنظمة القانونية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

---

(١) **Eric. Loquin, note sous l'arret de cour de cassation. 10 Juillet 1990, clunet.., 1992, P. 173.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٤٧.**

## الفرع الأول

## أثر التكييف القانوني لاتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق علية

تتمتع عملية التكييف القانوني، للمسألة المتنازع عليها، بأهمية بالغة في القانون الدولي الخاص. غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق باتفاق التحكيم، فليس هناك رأي موحد بشأن القانون الواجب التطبيق عليه، بسبب الاختلاف في تحديد طبيعته القانونية[١].

فالنظر إلى اتفاق التحكيم على أنه مجرد، مرحلة إجرائية، من مراحل التحكيم، سوف يؤدي إلى خضوع الاتفاق للقانون الذي يحكم الإجراءات. بينما النظر إلى اتفاق التحكيم على انه، عقد مستقل، عن الإجراءات التي يعد مصدرها وأساسها، يؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى القانون الذي يختاره الأطراف، أي قانون الإرادة[٢].

ونتيجةً لذلك؛ اختلف الفقه في تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد ذهب جانب إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، بينما ذهب الجانب الآخر إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم.

**أولاً: التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم ( تطبيق قانون مقر التحكيم):**

يذهب جانب من الفقه المؤيد للطبيعة الإجرائية للتحكيم، إلى ضرورة إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها، أي إلى قانون دولة المقر[٣].

---

[١] **محمد حسين حاج علي، المرجع السابق، ص٣٢.**

[٢] **حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٥٥.**

[٣] **F.A. Mann "LexFacitArbitrum" in Liber Amicorum to M. Domke. 1967. P. 157.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٥٥ وما بعدها، وفي الفقه العربي راجع: محمد صلاح الدين عبد الوهاب، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص والمقارن، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠، ص١٤، مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص٣٠٤، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها، أكثم الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم لمؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي المنعقد بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ١٢ إلى ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ص١٠، أشار إليه: خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦١ وما بعدها.**

والوقع، إن الرأي المتقدم قد تأثر بالفقه المستمد من القانون والقضاء الإنكليزي، والذي وفقاً لهما تتمتع فكرة الإجراءات، كفكرة مسندة، بنطاق أوسع من ذلك المقرر لها في القوانين الأخرى(١).

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يرى في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، ومن ثم يرى في اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي؛ فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم(٢).

ويعتبر أصحاب هذا الرأي أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها. فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بالضرورة لاختصاصها. فمن ناحية فإن دولة المقر لها الحق في تقدير الاتفاقات التي يقوم الأطراف بإبرامها، أياً ما كانت طبيعتها، وبالتالي فقانونها هو الواجب التطبيق على الاتفاق، كما هو الحال بخضوع الإجراءات القضائية لقانون محل التقاضي. ومن ناحية أخرى فإن دولة المقر يمكن أن تقر بأن جانباً من جوانب التحكيم يخضع لقانون آخر، غير قانونها، يُحدّد وفقاً لقواعد الإسناد فيها، أو وفقاً لإرادة الأطراف التي قامت دولة المقر نفسها بمنحها لهم(٣).

من جانب آخر، فإن قضاء التحكيم التجاري الدولي قد كرس هذا الاتجاه. ففي القضية رقم ٤٥٠٤ الصادرة في عام ١٩٨٥ ذهبت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، إلى القول، بأنه وفقاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فإن شرط التحكيم يخضع، في نطاق التحكيم الدولي، إلى قانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي. ونظراً لعدم قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد رأت هيئة التحكيم أن تكييف شرط التحكيم لا

---

(١) **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، هامش رقم ١ ص١٥٦.**

(٢)**راجع: مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص٣٠٥.وقد تأثر بهذا الاتجاه مجمع القانون الدولي المنعقد في أمستردام في عام ١٩٥٧، بناءً على التقرير المقدم من قبل الأستاذ Sauser-Hall فأصدر توصية نصت المادة الخامسة منه على أن: "صحة اتفاق التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم" . أنظر: د. حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، هامش رقم ١ ص١٥٦، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٣٧، سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص٦١٨.**

(٣)**راجع: حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٥٦.**

يمكن أن يتم إلا بإعمال قواعد قانون القاضي (LexFori)، وهو القانون السويسري. وحيث إنَّ المحاكم السويسرية، ولا سيما المحكمة الفدرالية، ترى أن شروط التحكيم ليست شروطاً متصلة بالقانون الخاص، بل هي تتعلق بالإجراءات وتخضع للقانون العام، فإنه ترتيباً على ذلك، تخضع صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يسري على الإجراءات في دولة مقر التحكيم(١).

وفي حكم آخر، ذهبت هيئة التحكيم المنعقدة في باريس في القضية رقم ٥٧٣٠ لسنة ١٩٨٨ إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون دولة المقر. معتبرة أنه لا يكتفي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، إثارة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، من أجل استخلاص أن هذا الاتفاق صحيح، بغض النظر عن أي قانون وضعي. إذ إن هيئة التحكيم والتي تميل إلى اعتناق المفهوم التقليدي للتحكيم الدولي، ترى أنه لكي يكون اتفاق التحكيم منتجاً لآثاره ضرورة أن يستمد قوته الملزمة من خلال إسناده إلى نظام قانوني. ولقد انتهت محكمة التحكيم بإسناد اتفاق التحكيم إلى القانون الفرنسي، على اعتبار أنه قانون مقر هيئة التحكيم(٢).

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه، الذي جعل من مكان التحكيم نقطة انطلاق لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يتمتع بقبول، سواء على الصعيد الفقهي أو على صعيد قضاء التحكيم على نحو ما أشرنا، فإنه لم يسلم من انتقادات عديدة وجهت له.

فمن ناحية، فإن ربط اتفاق التحكيم بقانون الإجراءات يخلق العديد من المشاكل. فالأطراف كالمحكمين، يمكنهم أن لا يحددوا مسبقاً القانون الواجب التطبيق ليتركوا إلى التحكيم ذلك. وهذا يعني أن الإسناد الإجرائي يؤدي إلى توسيع المشكلة(٣).

ومن ناحية أخرى، فإن الدافع إلى اختيار مكان ما، للتحكيم، قد يكون راجعاً لحياديته فقط أو ملاءمته للتحكيم. وإن اختيار مكان التحكيم قد يتم من قبل أطراف النزاع، أو من قبل

---

(١) **CCI no 4504, Clunet 1986, P. 1118.**

**أشار إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٥٧، محمد حسين حاج علي، المرجع السابق، ص٣٣ وما بعدها.**

(٢) **CCI no 730, 1988, Clunet 1990, P. 1029.**

**أشار إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٥٨ وما بعدها، محمد حسين حاج علي، المرجع السابق، ص٣٤.**

(٣) **خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٤، محمد حسين حاج علي، المرجع نفسه، ص٣٥.**

المؤسسة التي تتولى التحكيم، أو من المحكمين أنفسهم، وكل ذلك لا علاقة له بموضوع النزاع، كما أن الأمر يبدو صعباً جداً في حالة عدم تحديد مكان واحد للتحكيم، كاجتماع المحكمين في عدة أماكن، أي في عدة دول، أو أن التحكيم يجري بالمراسلة (Par Correspondance) عن طريق أجهزة الاتصالات الحديثة[١].

ومن ناحية ثالثة، اعتبر جانب من الفقه أن هذا الاتجاه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، تتمثل في اختلاف القانون الواجب التطبيق أمام القاضي، بحسب ما أذا أثيرت المسألة أمامه بمناسبة دفع بسبق الاتفاق على التحكيم، أو بمناسبة طلب تنفيذ حكم تحكيم أجنبي. إذ في الحالة الأولى سوف يطبق القاضي قانونه، لأنه يعتبر أن الاتفاق على التحكيم يعد مرحلة من مراحل الإجراءات، الأمر الذي يدفعه لتطبيق قانونه بشأن الإجراءات، بينما سوف يطبق في الحالة الثانية قانون البلد الأجنبي الذي تم فيه التحكيم[٢].

إضافة إلى ذلك، فإن القول بأن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة الذي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وبأنَّ كل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع لاختصاصها. فقد رد بعض الفقه[٣]على ذلك بأن المحكم، شأنه شأن أي شخص مخاطب بالقانون، لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم إلا إذا سمحت له الدولة بذلك، ووفقاً للشروط التي تحددها. فإذا حظرت الدولة التحكيم، فإن التحكيم لا يمكن ممارسته على إقليمها، أو على الأقل لا يمكن أن يتم على إقليمها إلا بشكل غير علني. والدولة لها الحق بتطبيق العدالة على إقليمها بواسطة أجهزتها، ويُمكنها أن تقرر التحكيم على إقليمها حتى لو تعلق بمنازعة أجنبية عنها تماماً. ولكن كل ما تقدم لا يعني أن العلاقة القانونية القائمة بين الأطراف ستخضع بالضرورة للقواعد المادية في دولة المقر، ولا حتى لقواعد الإسناد في هذه الدولة, بل يبقى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية.

---

**(١) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٩١، سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص٦٢١.**

**(٢) مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص٣٠٦ وما بعدها.**

(٣) **Pierre Mayer: "L'autonomie de l'arbitre internationl dans l'apperciation de sa propre competence", Rec. Des Cours, La Haye, 1989, T.217, p.401.**

أشارت إليه: **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرج السابق، ص١٦٠.**

**ثانياً- الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة بناءً على التكييف العقدي:**

عكس ما تقدم، ذهب الرأي الغالب في الفقه[1]، والذي يتبنى التكييف العقدي لاتفاق التحكيم، إلى القول بأن اتفاق التحكيم، وعلى الرغم من أن محله ينصب أساساً على تنظيم الإجراءات التي تُتبع في التحكيم، إلا انه لا يعتبر مرحلة من مراحل هذه الإجراءات. بل إن اتفاق التحكيم هو عقد يسبق الإجراءات، وهو كغيره من العقود تتولد عنه التزامات وحقوق. وبالتالي، فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة المستقلة.

فالأطراف أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

بينما يصعب إعمال هذا الحل في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. والسؤال الذي يبرز في هذا المقام هو عن القانون الذي يتعين على المحكم اللجوء إليه، فهل يلجأ المحكم إلى قانون الدولة مقر التحكيم أم إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على موضوع النزاع؟

ذهب بعض الفقه[2] إلى القول بأنه في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإنه يتعين على المحكم أو القاضي، حسب الأحوال، تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني، معين مستعيناً للوصول لذلك بالعوامل والضوابط التي من خلالها يمكن التوصل إلى الإرادة الصريحة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية. وأهم هذه الضوابط هي:

<u>أ_ إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:</u>

قد يكتفي الأطراف بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة، بدون الإفصاح صراحةً عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

---

[1] **B. Goldman، المقالة السابقة، بند ٤٢، أشارت إليه: حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٦٣، وفي الفقه العربي: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٦٤ وما بعدها، أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٣٩٢ وما بعدها، خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٤.**

[2] **حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٦٤.**

ومع ذلك، ذهب جانب من الفقه (أنصار قانون الإرادة المستقلة)[1]، إلى القول بأنه من المناسب أن نستخلص في هذه الحالة أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة، أي الدولة مقر التحكيم، ليطبق على اتفاق التحكيم، وبصفة خاصة في الحالة التي يكون فيها مقر التحكيم مركزاً دائماً للتحكيم، لأن ذلك يعد سنداً إضافياً لتطبيق قانون بلد هذا المركز التحكيمي.

بيد أن جانباً من هؤلاء الفقهاء[2] ذهب إلى القول بأن الأخذ بقانون الدولة، مقر التحكيم، في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف، ليس معناه أن مكان التحكيم يجب الأخذ به دائماً كضابط للإسناد، أو أنه يعد كافياً في الدلالة على الاختيار الضمني للأطراف، وإنما يُعد أحد الضوابط التي يمكن للمحكم (أو القاضي) الاستناد عليها بالتنسيق مع الضوابط الأخرى، كتطبيق قانون البلد محل إبرام اتفاق التحكيم، وخصوصاً عندما يكون هو أيضاً بلد جنسية أو محل إقامة الأطراف، أو المقر المشترك لهم. عندئذ من الجائز أن يفترض أن قانون هذا البلد أراد الأطراف تطبيقه على اتفاق التحكيم.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإنكليزية العليا في قضية شركة (Endesa) وهي شركة إسبانية لتوليد الكهرباء وشركة (NNE) وهي شركة مصرية، "بأنها ليست ملزمة بالقرار الصادر عن المحكمة الإسبانية. ونظرت في مسائل إدراج اتفاقية التحكيم ضمن بوليصة الشحن، وفي صحة اتفاقية التحكيم مجدداً حيث وجدت، بعكس المحكمة الإسبانية، أنه يجب تطبيق

---

**(1) Philippe Fouchard: "L'arbitrage Commercial...OP, Cit.., P.71. No. 123; P. Lalive, roblemes relatifs a l'arbitrage... Op. Cit., P. 632.**

**أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٤٠ وما بعدها.**

**وانظر أيضاً: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٦٧، عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٧١، السنة التاسعة والستون، ١٩٧٨، ص٤٠ وما بعدها.**

**(2) B. Goldman: "Arbitrage Commercial....Op" Cit., J. Cl, Droit Inter, Fasc 586-1, No 46, P. Lalive, Problemes relatifs a l'arbitrage... Op. Cit., P. 632.**

**أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٤١. وانظر أيضاً: خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٥ وما بعدها.**

القانون الإنكليزي وليس القانون الإسباني على هذه المسألة، ذلك أن لندن هي مكان التحكيم في ظل غياب خيار صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم"[١].

**ب_ إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي:**

من بين نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي يتضمنه أو يشير إليه، عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومع ذلك فالمحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني، من أجل أن بفصل في المسائل المتنازع عليها والمتصلة باتفاق التحكيم، يلجأ عادةً إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلا إذا قامت الأطراف باستبعاد تطبيق هذا القانون على اتفاق التحكيم بشكل صريح[٢].

ويرى البعض[٣]أن هذا الحل يبدو منطقياً، حيث توجد صلة حقيقية بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي. فاتفاق التحكيم هدفه ينصب على المنازعات الناشئة أو المحتملة عن العقد الأصلي.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الرابطة أو الصلة، بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، والنتيجة المترتبة عليها، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يجب أن لا تؤثر أو تمس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[٤].

يتضح مما تقدم، أن الاتجاه السائد لدى الفقه هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة. أي القانون المختار صراحةً من قبل الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم. وفي حالة غياب قانون الإرادة، يخضع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، أو القانون المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد موضوع النزاع.

---

**[١]المحكمة العليا في إنكلترا، قضية رقم EWHC196، تاريخ ٢٠٠٩، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص٥٩٥ وما بعدها.**

**[٢]حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٦٥.**

**[٣] D. Cohen, La soumission de l'arbitrage a la loi francaise, Rev. Arb.., 1991, P. 155 etSS, Spec. PP. 168 – 169 No 32.**

**أشار إليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص١٦٦.**

**[٤] حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٦٥، خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٦.**

ونحن نؤيد هذا الاتجاه، كونه يتوافق والفلسفة التي يقوم عليها التحكيم، ومنها مبدأ سلطان الإرادة. أي كون الأطراف حرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

## الفرع الثاني

## موقف الأنظمة القانونية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

قد لا تثير مسألة وجود اتفاق التحكيم أو عدمه أية صعوبة، لكون أغلب التشريعات تناولتها بنصوص محددة. إلا أن الصعوبة تثار عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، للرجوع إليه، للتأكد من وجود اتفاق التحكيم، خصوصاً وأن أغلب الأنظمة القانونية، سواء الدولية منها أو الوطنية، لم تتخذ موقفاً صريحاً بهذا الخصوص.

ولدراسة ذلك سنقسم هذا الفرع إلى:

**أولاً:** موقف المعاهدات الدولية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

**ثانياً:** موقف القوانين الوطنية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

**أولاً: موقف المعاهدات الدولية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:**

لم تتطرق اتفاقية نيويورك إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصورة مباشرة، وإنما تعرضت للمسألة من خلال طلب رفض تنفيذ حكم التحكيم.

فالمادة (٥/١/أ) من الاتفاقية المذكورة، تعطي قاضي التنفيذ حق رفض حكم التحكيم، إذا أثبت أحد الطرفين أن اتفاق التحكيم غير صحيح بمقتضى القانون، الذي اختاره الأطراف ليحكم الاتفاق، أو قانون مكان صدور حكم التحكيم إذا انتفى اختيار الأطراف لقانون معين[١].

وبهذا التحديد، فإن اتفاقية نيويورك قد أخذت في المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة. ومن ثم يتعين الرجوع أولاً إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم. وبذلك تكون الاتفاقية قد حسمت الخلاف الذي كان قائماً في السابق- كما أشرنا سابقاً- بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وأنصار الاتجاه الذي كان يعطي الأولوية لتطبيق قانون مقر التحكيم[٢].

---

[١]تنص المادة (٥/١/أ) من اتفاقية نيويورك على ما يلي: "لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا أقدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن اتفاق التحكيم غير الصحيح وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

[٢]راجع ص٥٩ من هذه الرسالة.

وفي حالة غياب الاختيار الصريح، من قبل الأطراف، أوجبت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

ويرى بعض الفقه[1] أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، في حالة غياب التحديد الصريح من قبل الأطراف، تعتبر محلولة في ظل اتفاقية نيويورك، حيث يوجد قانون مختص احتياطياً وهو قانون المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم. كما أن الاتفاقية، بموجب هذا الحل، تكون قد وضعت حداً للخلاف التقليدي، الذي ينشأ في حالة عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح للقانون، الذي يحكم اتفاق التحكيم بين أنصار الحلول الشخصية(أي أولئك الذين يؤثرون البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف)، وأنصار الحلول الموضوعية الذين يرون توطين عناصر العلاقة، في ظل نظام قانوني معين، دون حاجة للبحث عن إرادة لا وجود لها.

ويضيف الاتجاه المتقدم، إن اتفاقية نيويورك قد أتت بقاعدة إسناد احتياطية، تعالج كل الحالات الأخرى، التي لا يوجد بصددها قانون اختاره الأطراف بالتطبيق لقاعدة الإسناد الأصلية، إذ إن هذه القاعدة المذكورة تغطي كل الفروض الممكنة[2].

إلا أن تكريس الاتفاقية لقواعد الإسناد المذكورة آنفاً، من خلال رفض تنفيذ حكم التحكيم، ودون تناول ذلك ضمن نص مستقل، أثار تساؤلاً حول القانون الواجب التطبيق، إذا ما أثيرت مسألة صحة، أو وجود اتفاق التحكيم، أمام المحكم، أو أمام القاضي وقبل صدور حكم التحكيم؟

ذهب جانب من الفقه[3] إلى خضوع اتفاق التحكيم لقواعد التنازع، وهي بهذه المثابة تؤدي إلى القواعد، التي تحكم وجود وصحة العقد الأصلي.

وعلى العكس من الرأي المتقدم، يتبنى جانب آخر من الفقه[4] قانون الإرادة، إن اختار الأطراف صراحةً قانوناً معيناً، فلا يعتد بالإرادة الضمنية في هذا المجال، وإلا العبرة تكون بقانون دولة صدور حكم التحكيم.

---

**(1) سامية راشد، المرجع السابق، ص٣١٥ وما بعدها، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٤٣ وما بعدها.**

**(2) سامية راشد، المرجع السابق، ص٣١٨، خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٧.**

**(3) حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٦٦، محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، هامش رقم ١، ص٤٦.**

**(4) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٦٦، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٤٥، مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص١٩٥.**

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير، لأن أفضل الحلول هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة وذلك أخذاً بالاتجاه السائد لدى الفقه، كما رأينا سابقاً، وإلا تعين اللجوء إلى قانون الدولة مكان التحكيم.

أما بالنسبة لاتفاقية جنيف الأوروبية لعام ١٩٦١، فقد أخذت بنفس الحلول التي سبق وأن أخذت بها اتفاقية نيويورك. فقد نصت في المادة (٢/٦) منها بأن تطبق محاكم الدول المتعاقدة على وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فيما يتعلق بأهلية الأطراف، القانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى القانون الذي يخضع له الأطراف اتفاق التحكيم.

كما تحظر المادة (٩) من ذات الاتفاقية على الدول المتعاقدة، الامتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، إلا بشرطين أحدهما: أن يكون أحد أسباب بطلان حكم التحكيم يقوم على بطلان اتفاق التحكيم، طبقاً لأحكام قانون الإرادة، أو قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق[١].

ويلاحظ في هذا الصدد أن المقصود بالإرادة هي الإرادة الصريحة، فلا يعتد بالإرادة الضمنية، كما أن حرية الأطراف، في اختيار القانون الواجب التطبيق، ليست طليقة، وإنما تتقيد بضرورة احترام النظام العام بمفهومة الدولي[٢].

وذهب جانب من الفقه[٣] إلى القول إنَّ الاتفاقية الأوروبية قد واجهت الفرض الذي تثور فيه مشكلة القانون الواجب التطبيق، على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني، وقبل صدور حكم التحكيم. ولكنها لم تحل هذه المسألة أمام محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم. ويكون من غير الممكن معرفة البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم. فالحل الذي قررته الاتفاقية الأوروبية- بالنسبة للقاضي الوطني- من الصعب تطبيقه بالنسبة للمحكم، وذلك لأن المحكم ليس له قانون اختصاص أو قواعد إسناد يمكنه أن يلجأ إليها، كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني. لذلك، نرى أن الحل الواجب الإتباع، في هذا الفرض، هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان

---

**(١) محمد صلاح الدين عبد الوهاب، المرجع السابق، ص١٦، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٦٥.**

**(٢) محسن شفيق، المرجع السابق، ص٢١٢ وما بعدها، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٤١ وما بعدها.**

**(٣)سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٤٦ وما بعدها، وقرب هذا المعنى: خالد أحمد حسن، المرجع السابق، ص١٦٨.**

التحكيم، إذا كان هذا المكان محدداً في اتفاق التحكيم. وإلا تعين اللجوء إلى القانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع.

مجمل القول: إن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوروبية، وفيما يخص مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وفي حالة غياب قانون الإرادة، لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم وهو غالباً قانون الدولة مكان التحكيم(١).

**ثانياً: موقف القوانين الوطنية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:**

**١ _ موقف القانون العراقي:**

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، أي نص صريح يعالج مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

أما فيما يخص مشروع قانون التحكيم العراقي، فإنه كذلك لم يتضمن نصوصاً مباشرة تعالج هذه المسألة، ولكنه تطرق إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في المادة (٣٠) منه التي جاء فيها: تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقاً لما يلي: أولاً/ القواعد التي يتفق عليها الطرفان.

ثانياً/ إذا لم يتفق الطرفان على القواعد أو القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد أو القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع...".

يلاحظ من خلال النص المتقدم، أن المشرع العراقي وإن لم يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بشكل صريح ومباشر، فإنه بشكل غير مباشر حدد المنهج الذي يتعيّن اللجوء إليه من أجل تحديد صحة اتفاق التحكيم، وذلك من خلال تبنيه لهذا المنهج بشأن القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

لذا، فإننا ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في هذه المسألة، والنص بشكل صريح على تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ليكون القانون الأول هو القانون المختار

---

**(١) وهو نفس الحل الذي تبناه قانون اليونسترال النموذجي لعام ١٩٨٥، والذي تم تعديله في العام ٢٠١٠، وذلك في المادتين (٢/٣٤) و(١/٣٦).**

من قبل الأطراف، وفي حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف، فإن قانون مكان التحكيم يكون هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

**٢ـ موقف القانون المقارن:**

لم تنص غالبية التشريعات العربية، المتعلقة بالتحكيم، على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

ففي مصر، لم يتضمن قانون التحكيم المصري أي نص صريح ومباشر يعالج مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ولكنه قد عالج مسألة القانون الذي يحكم الإجراءات، وذلك في المادة (٢٥) منه، والتي وفقاً لها يحق للأطراف تحديد القواعد التي يتعين على هيئة التحكيم أتباعها بشأن الإجراءات، وإلا كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام القانون المصري. كما عالج مسألة القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك في المادة (٣٩) منه، والتي أقرت لإرادة الأطراف الحرية في اختيار القواعد التي يتفق عليها الطرفان لتحكيم موضوع النزاع[١].

ويلاحظ من خلال النصوص المتقدمة، أن اتفاق التحكيم إذا أُلحق بفكرة الإجراءات فيخضع بالتالي لنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم، وإذا أُلحق بفكرة العقد فهو يخضع بذلك لنص المادة (٣٩) من ذات القانون[٢].

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة، في تحديد القانون الواجب التطبيق، ليس محل جدل، فإن التساؤل يثور بشأن تحديد هذا القانون في حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف؟ وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه[٣] في مصر إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم، كما حدده الأطراف، أو كما يحدده نظام التحكيم الذي أحال إليه الأطراف، وذلك في حالة عدم وجود قانون مختار بواسطتهم.

---

[١] وقد سار بنفس الاتجاه تماماً القانون الأردني والقانون السوري والقانون العماني.

[٢] ينظر تفصيلاً: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٠٩ وما بعدها، محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الثاني، ٢٠٠٠، ص٢٣ وما بعدها.

[٣] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٦٧.

وفي لبنان، لم يعالج قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ولكنه نص على الأصول التي تُتبع في الخصومة التحكيمية. فقد كرس قانون الإرادة، وأعطى الحرية للمحكم في أن يطبق الأصول التي يراها مناسبة، إما مباشرةً أو باللجوء إلى قانون معين أو إلى نظام للتحكيم[١]. كما أقر القانون اللبناني تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع، وإلا وفقاً للقواعد القانونية التي يراها المحكم مناسبة[٢].

أما على مستوى التشريعات الأجنبية، فإنها لم تتخذ موقفاً موحداً في هذا الخصوص.

ففي فرنسا، جاء المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية، صامتاً بالنسبة للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

إلا أن هذا القانون قد تضمن مادتين هما: المادة (١٥٠٩)، والتي كانت تحمل الرقم (١٤٩٤) قبل التعديل، وتتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وقد أعطت للأطراف سلطة تحديد هذا القانون، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أعطت هذه السلطة للمحكمين. والمادة (١٥١١)، والتي كانت تحمل الرقم (١٤٩٦) قبل التعديل، وتتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد أعطت للأطراف في المقام الأول الحرية في تحديد هذا القانون، وفي حالة عدم الاتفاق أعطت هذه الحرية للمحكمين.

إن النصوص المتقدمة لم تتعرض للفصل في مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بشكل مباشر وصريح.

وقد ذهب جانب من الفقه[٣] الفرنسي إلى استبعاد إعمال نص المادة (١٥٠٩) من المرسوم الفرنسي الجديد، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعد عنصراً من عناصر إجراءات التحكيم. بيد أنه يمكن اللجوء إلى نص المادة (١٥١١) لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ولقد فسر ذلك بقوله: إذا كان من الصحيح أن المادة (١٥١١) تتعلق بتحديد

---

[١] **المادة (٨١١) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.**

[٢] **المادة (٨١٣) من نفس القانون.**

[٣] **B. Goldman, Arbitage... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-1, No. 52, 53.**

**أشار إليه: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٦٨ وما بعدها، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، هامش رقم ٢ ص٢٥١.**

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،إلا إن صياغتها تتسع لتشمل أيضاً اتفاق التحكيم، إذ إنها تنص على أن: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع". ولفظ النزاع يشمل النزاع القائم حول وجود أو صحة أو تفسير اتفاق التحكيم. كما أن هذا الحل يعطي للمحكم الحرية في اختيار القواعد واجبة التطبيق على اتفاق التحكيم، في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، فلا يلزمه بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، أو التوطين الموضوعي لاتفاق التحكيم، ويسمح له بتطبيق قواعد قانونية، عبر دولية، مع إلزامه بمراعاة الأعراف التجارية في جميع الأحوال.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أراح نفسه من عناء مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ووضع قاعدة مفادها: صحة اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة استقلالاً عن أي قانون وطني[١].

وفي سويسرا، فقد نص القانون السويسري الجديد للتحكيم الدولي الخاص الصادر في عام ١٩٨٧ على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وذلك في المادة (٢/١٧٨) منه، إذ جاء فيها: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع (وخصوصاً القانون الذي يحكم العقد الأصلي) أو القانون السويسري"[٢].

ويستفاد من هذا النص، أنه يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الثلاثة الآتية: إما القانون المختار من قبل الأطراف، وإما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (وخصوصاً العقد الأصلي) سواء أكان هذا القانون مختاراً من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين، وإما القانون السويسري باعتباره قانون الدولة الذي يجري على إقليمها التحكيم[٣].

مجمل القول: إن الاتجاه السائد لدى الفقه الغالب وفي الاتفاقيات الدولية، هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، أو لقانون الدولة محل التحكيم في حالة تخلف قانون الإرادة. أما بالنسبة للقوانين الوطنية فإن غالبيتها لم تتطرق للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وإنما تعرضت للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، باستثناء القانون السويسري والجزائري كما لاحظنا آنفاً.

---

[١] راجع ص١٥ من هذه الرسالة.

[٢] أشار لنص المادة: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٢٤٨.

[٣] وقد أخذ بنفس الحل تماماً قانون التحكيم الجزائري الصادر عام ١٩٩٣ في المادة (٤٥٨ مكرر/١).

## المبحث الثاني

## النتائج غير المباشرة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم

## (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

لاحظنا فيما سبق، من خلال دراستنا لنتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، أن تطبيقه يرتب آثاراً مباشرة وأخرى غير مباشرة. وقد درسنا الآثار المباشرة تفصيلاً في المبحث الأول من هذا الفصل. أما الآثار غير المباشرة فهي تتمثل: في مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، والمعروف اصطلاحاً بـ(مبدأ الاختصاص بالاختصاص)، وبمعنى آخر فإن هيئة التحكيم هي المختصة بالنظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها. كما إن لهذا المبدأ حالات عدة يجب على المحكم إعمالها عندما يقرر اختصاصه بنظر النزاع.

ولدراسة ذلك، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكما يلي:

**المطلب الأول:** مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

**المطلب الثاني:** حالات إعمال المحكم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

### المطلب الأول

### مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، والمعروف بـ(مبدأ الاختصاص بالاختصاص) من أهم المبادئ في إطار التحكيم التجاري الدولي، ومن أدقها في الوقت ذاته.

فما المقصود بهذا المبدأ ؟ وما هو أساسه أو مصدره ؟ وما هو نطاقه ؟ وما هي آثاره ؟

ستتطلب الإجابة على هذه الأسئلة تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكما يلي:

**الفرع الأول:** تعريف وأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

**الفرع الثاني:** نطاق وآثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

## الفرع الأول

## تعريف وأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

نتناول في هذا الفرع تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص(أولاً)، وأساس هذا المبدأ(ثانياً).

**أولاً: تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص[١]:**

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحؤول دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم، عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، كما يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم[٢].

ونظراً لأهمية هذا المبدأ فقد ذهب الفقهاء إلى تعريفه بتعريفات متعددة.

فقد عرفه جانب من الفقه بالقول: "مَنْحُ هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها، بحيث تختص بتقرير ما إذا كانت مختصة، أو غير مختصة، فيما يتعلق بالقضية التحكيمية التي يقيمها أحد طرفي اتفاق التحكيم أمامها"[٣].

بينما عرفه جانب آخر بالقول: "أن يُعطى المحكَّم الفرصة في أن يفصل، ويفصل أولاً في جميع المسائل المتصلة باختصاصه، وذلك مع خضوعه للرقابة القضائية اللاحقة للقضاء الوطني المعني بالقيام بهذه الرقابة"[٤].

بينما عرفه اتجاه ثالث بالقول: "إن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق التحكيم أم لا فهو لن يختص إلا بناءً على وجود اتفاق تحكيم صحيح"[٥].

وقد عرفه اتجاه رابع بالقول: "إن لهيئة التحكيم، دون غيرها، ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقها"[٦].

---

**[١]ويسمى بالانجليزية (competence competence)، وبالفرنسية ( competence de la competene)، ويستخدم البعض المصطلح الألماني (kompetenz – kompetenz) ينظر: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٢٨ وما بعدها.**

**[٢] استاذنا: عبده جميل غصوب، وسائل المماطلة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز(يوليو)، ٢٠٠١، ص١٦٠.**

**[٣]محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١١٠.**

**[٤] حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٣٨.**

**[٥]إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٩٨.**

**[٦] سامية راشد، المرجع السابق، ص٨٨.**

يلاحظ على هذه التعريفات المتقدمة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أنها بالرغم من اختلاف المفردات إلا إنها تتفق في مضمونها، من حيث بيان السلطة المختصة في الفصل بمسألة الاختصاص. كما يتضح أن الهدف الأساسي من هذا المبدأ هو تحاشي التمسك بعيب فيما يتعلق باتفاق التحكيم ووضعه موضع الطعن من قبل الأطراف، فيما قد يكون سبباً في إعاقة إجراءات التحكيم.

ويبرر هذا المبدأ استناداً إلى أن من أهم أسباب اللجوء إلى التحكيم هو سرعة الإجراءات، وبالتالي سرعة البت في النزاع. فلو أعطينا الصلاحية في البت بالدفع بعدم الاختصاص للقضاء العادي، لأدى ذلك في كثير من الأحيان، إلى سلب التحكيم هذه الميزة الأساسية فيه، مما يفقده أحد أسباب اللجوء إليه، خاصةً عندما يرغب أحد أطراف النزاع بإطالته لسبب أو لآخر؛ إذ ما عليه في هذه الحالة إلا التقدم بطلب للمحكمة المختصة، يثير فيه الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، وما قد يترتب على ذلك من وقف لإجراءات التحكيم من وقت لآخر، ومن ثم تعطيل الفصل في النزاع لوقت طويل قد لا تعرف نهايته. لذلك فمن الأفضل إعطاء هيئة التحكيم صلاحية الفصل بالدفع باختصاصها[1].

**ثانياً: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص:**

يستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، وكذلك من الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة، وأيضاً من لوائح هيئات التحكيم، والتي حرصت على النص _صراحةً_ على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه[2].

---

**(1) حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، بند ٣٨٤، ص٢٦١.**

**(2) حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٢٩، بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٤٠١، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص١٦٢. ويرى جانب من الفقه أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه ومصدره في استقلالية اتفاق التحكيم وأنه من المبادئ المترتبة عليه. ومن أنصار هذا الاتجاه: سامية راشد، المرجع السابق، ص١٠٧، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣٣٣، علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات=**

١ – موقف القوانين الوطنية:

أصبح من المعترف به في معظم القوانين الوطنية أن للمحكمين الاختصاص بالفصل في اختصاصهم، عند المنازعة فيه، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، أو بطلانهما، أو لتجاوز المسألة محل النزاع لنطاق اتفاق التحكيم ذاته. هذا مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تمنح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بصفه نهائية، بل منحته إياها بصفه مؤقتة، حيث يخضع الحكم الذي يتخذه المحكم في مسألة اختصاصه، للرقابة القضائية اللاحقة، وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي، أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم بالنسبة للتحكيم الدولي[١].

ففي العراق، لم يشر قانون المرافعات المدنية الحالي ضمن نصوصه إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص. بيد إن مشروع قانون التحكيم العراقي قد نص صراحة على هذا المبدأ، وذلك في المادة (١٨/أولاً) منه والتي نصت على أنه: "لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في الاعتراضات التي تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته،..."[٢].

وكما هو واضح من النص، فقد اعترف المشرع العراقي، صراحةً، لهيئة التحكيم بسلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، فيكون لهيئة التحكيم، دون غيرها، ولاية الفصل في الادعاءات جميعها، التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقها.

وبذلك يكون مشروع قانون التحكيم العراقي قد واكب الاتجاهات الحديثة، عندما أشار صراحةً إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، لأنه ينسجم مع التحكيم بوصفه وسيلة فعالة لحسم المنازعات من جهة، ويغلق الباب أمام الطرف سيئ النية، والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم، فيما لو أجيز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء الوطني من جهةٍ أخرى.

---

**= المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٨، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٠٨، حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٥١.**

**[١] سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٣٦٥.**

**[٢] تقابلها المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) بصيغته المعتمدة لعام ٢٠٠٦.**

وقد سار في نفس الاتجاه أيضاً قانون التحكيم المصري، إذ نصت المادة (١/٢٢) من هذا القانون على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع"[١].

يتبين من خلال هذا النص، أن المشرع المصري قد اعترف لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل في اختصاصها، عندما يكون متنازعاً فيه أمامها، من قبل أحد الأطراف، أو كأن تكون الدفوع مبنية على عدم وجود العقد الأصلي، أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه، أو عدم شموله لموضوع النزاع بأكمله، وذلك لأن هذه الدفوع من صميم اختصاص هيئة التحكيم[٢].

وفي لبنان، فقد كرس قانون أصول المحاكمات المدنية صراحةً مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة (٧٨٥) للتحكيم الداخلي، والمادة (٨١٢) للتحكيم الدولي، والتي نصت على أنه: "إذا نازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له لنظر القضية المعروضة عليه، فيكون له أن يفصل في هذه المنازعة".

وبهذا النص يكون المشرع اللبناني قد وضع حداً للخلاف الفقهي والقضائي، الذي كان قائماً في السابق، حول الاختصاص العائد للمحكم للبت في مسألة ولايته[٣]، وأسند إلى المحكم سلطة الفصل، ليس فحسب في نطاق سلطته العائدة له، ولكنه خوله النظر أيضاً في وجودها

---

**[١]وعلى مثل هذا النص تماماً جاء نص المادة (٢١) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (٢١) من قانون التحكيم السوري، والمادة (١/٢٢) من قانون التحكيم العماني مرسوم سلطاني رقم ٩٧/٤٧ لسنة ١٩٩٧.**

**[٢] عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٤٥، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٣٦٧ وما بعدها.**

**[٣]ينظر حول هذا الخلاف تفصيلاً: إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، التحكيم، الجزء الحادي عشر، بدون ذكر دار نشر، ١٩٨٨، بند١٢٠، ص٥١ وما بعدها، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص٨٠٢، علي سعد الله خليل، دور القضاء في التحكيم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٢، ص٦٤ وما بعدها.**

وأساسها، إذ من الطبيعي أن تفصل الهيئة التحكيمية في اختصاصها، وأن لا يعود ذلك إلى قضاء الدولة، الذي ليس له أن يتدخل في مسألة اختصاص الهيئة التحكيمية أو عدمه[١].

وفي فرنسا، فقد كرس المشرع الفرنسي "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" في المادة (١٤٦٥) من المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي نصت على أن: "تكون الهيئة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية"[٢].

وقد أخذ بنفس الحل قانون التحكيم الإنجليزي، الصادر في سنة ١٩٩٦، فقد نصت المادة (٣٠) منه على أنه: "ما لم يتفق الطرفان على العكس، فإن هيئة التحكيم قد تقضي في موضوع اختصاصها، سواء بتقرير ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم صحيح، أو ما إذا كان تشكيل الهيئة صحيحاً، أو بما إذا كانت المسائل المعروضة على هيئة التحكيم تدخل ضمن اتفاق التحكيم. ويخضع حكم الهيئة في هذا الشأن للطعن فيه"[٣].

يتضح من النص المتقدم، إن المشرع الإنكليزي قد قنن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بإقراره لهيئة التحكيم النظر في صلاحيتها، إذا لم يكن هنالك اتفاق مخالف من قبل الأطراف على عكس ذلك. هذا ولكي تنظر الهيئة التحكيمية في صلاحياتها لا بد أن تتحقق من

---

**[١]وقُضي في لبنان بهذا الشأن: "أن الفصل باختصاص المحكم هو حصراً من مهمة المحكم، وإذا عرضت المسألة على المحكمة العادية، فعليها أن تقرر عدم اختصاصها بنظر هذه المسألة". رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، قرار بدون رقم، تاريخ ٢٠٠٥/١٠/٢٤، منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣٧، ص٤٢.**

**[٢]وقد وردت هذه المادة بشأن التحكيم الداخلي في فرنسا، إلا أنها تسري أيضاً على التحكيم الدولي، إعمالاً للإحالة الصريحة الواردة في المادة (١٥٠٦) من المرسوم الجديد بشأن التحكيم الدولي. وقد أكدت الأحكام الحديثة، الصادرة في فرنسا، على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فقد قضت محكمة التمييز بهذا الصدد بأنه: "يعود إلى المحكم صلاحية الفصل بصورة أولية في اختصاصه تحت رقابة قاضي الإبطال،...". محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، القضية رقم ٠٩/١١٨٧٢، تاريخ ١٢/مايو/٢٠١٠، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص٥٨٣، وكذلك قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، قرار بدون رقم، تاريخ ٢٠٠٨/٧/٩، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث، السنة الثالثة، ٢٠٠٩، ص٨٩٣.**

**[٣]أشار لنص المادة: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١١٢.**

وجود اتفاق تحكيم صحيح، وأنه قد تم تشكيل الهيئة التحكيمية بصورة سليمة، وأن يشمل اتفاق التحكيم موضوع النزاع.

مجمل القول: إن غالبية القوانين الوطنية، المتعلقة بالتحكيم، قد كرست مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، عند المنازعة فيه من قبل الأطراف، كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي[1].

**٢ – موقف المعاهدات الدولية والإقليمية:**

أقرت بعض المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية والإقليمية مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه.

فمعاهدة جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١، تعرضت لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل صريح وواضح، إذ نصت المادة (٥/٣) منها على أنه: "مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي، فإن المحكم الذي ينكر عليه اختصاصه، لا يلتزم بأن يتخلى عن القضية، بل يملك الفصل في شأن اختصاصه، وبشأن وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يكون يعد هذا الاتفاق جزءاً منه".

يتضح من هذا النص، أن الاتفاقية الأوروبية قد أقرت مبدأ الاختصاص بالاختصاص عندما يكون متنازعاً فيه أمام المحكم من قبل أحد الأطراف، بل واعتبرته التزاماً عليه، إذ أوجبت على المحكم عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه. وبهذا تكون الاتفاقية الأوروبية قد وضعت المحكم في نفس مستوى القاضي الوطني، والذي دائماً هو القاضي في اختصاصه. ولكن ليس معنى هذا إن المحكم يملك الاختصاص بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل نهائي، وأن الرقابة القضائية مستبعدة تماماً في هذا الخصوص. بل على العكس، فمتى صدر حكم التحكيم، يمكن المنازعة في صحته أمام المحاكم القضائية، وذلك بالتمسك بعدم وجود

**[1] ويرى جانب من الفقه أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه هو من المبادئ الأساسية للنظام العابر للدول Transnational، وذلك بسبب قبول هذا المبدأ في العديد من المواثيق الدولية، على الرغم من تردد بعض الأنظمة القانونية الوطنية المتأثرة بالنظام الأنجلو سكسوني، بتكريس هذا المبدأ. ينظر تفصيلاً: حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص١٢٩، عاطف بيومي شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٦٧.**

أو بطلان اتفاق التحكيم أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية، أو من خلال دعوى البطلان التي ترفع ضد حكم التحكيم بعد صدوره[1].

كما ورد هذا المبدأ أيضاً في اتفاقية البنك الدولي، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، والمعروفة باتفاقية واشنطن والموقعة في عام ١٩٦٥. إذ نصت المادة (١/٤١) منها على أنه: "تعتبر محكمة التحكيم هي القاضي في اختصاصها".

ويلاحظ من خلال هذا النص، أن اتفاقية واشنطن قد اعترفت لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل في اختصاصها، بل أكثر من ذلك، إذ نصت على هذا المبدأ بعبارات مطلقة، بحيث يمكن لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها، سواء أكان الدفع مبنياً على المنازعة في وجود أو صحة العقد الأصلي، أو اتفاق التحكيم ذاته، أو تجاوز المسألة محل النزاع لاختصاص المركز الدولي، وبالتالي لاختصاص محكمة التحكيم المشكلة في إطاره[2].

أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك، المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الموقعة سنة ١٩٥٨، فلم تتعرض لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه. ولعل ذلك الإغفال من جانبها لهذا المسألة من وجهة نظر بعض الفقه[3]، لكونها اتفاقية تُعنى أكثر بشروط وتنفيذ أحكام المحكمين.

وعلى المستوى الإقليمي، فإن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ تعرضت لمبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، بشكل واضح، إذ نصت المادة (٢٤) منها على أنه: "يجب الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً".

وبذلك تكون الاتفاقيات الدولية والإقليمية، المتعلقة بالتحكيم، قد سارت على نفس النهج الذي تبنته القوانين الوطنية، في تكريس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه.

---

**[1] في نفس المعنى: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٣٧٢ وما بعدها.**

**[2] سراج حسين أبو زيد، المرجع نفسه، ص٣٧٣.**

**[3] حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٣٣، حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٧٩.**

٣-_ موقف لوائح التحكيم الدائمة:

أقرت لوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم ذات الطبيعة الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.

ومنها لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي في المادة (١/٢٣)، إذ نصت هذه المادة على أنه: "يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته".

وفي نفس الاتجاه أيضا نجد لائحة التحكيم المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، قد نصت في المادة (٢/٦) منها على أنه: "إذا آثار أحد الأطراف دفعاً أو عدة دفوع متعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإن للمحكمة الدائمة لدى الغرفة_ بعد التأكد لأول وهلة من وجود هذا الاتفاق_ أن تقرر أن التحكيم سيتم، وذلك بدون المساس بقبول هذه الدفوع أو صحتها. وفي هذه الحالة، فإن من حق المحكم وحده اتخاذ إي قرار بشأن اختصاصه". كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة إلى ذات الاتجاه، ما لم يوجد اتفاق مخالف من قبل الأطراف[١].

وبذلك فإنه وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس، إنَّ أي نزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو صحته، يطرح ابتداءً على الهيئة الدائمة، في غرفة التجارة الدولية بباريس، وهي محكمة التحكيم. وبالتالي فإن هيئات التحكيم الدائمة العاملة في ظل نظام غرفة التجارة الدولية، تملك سلطة تقرير اختصاصها، إذا ما دفع أحد الأطراف أمامها بعدم الاختصاص[٢].

كما أخذت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص لائحة التحكيم المعمول بها لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم لِعام ١٩٩٢، وذلك عندما نصت في المادة (١٥) منها على أن: "١_ لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. ٢_ لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم...."[٣].

---

[١] راجع هذا النص والتعليق عليه: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

[٢]سامية راشد، المرجع السابق، ص١٢٦.

[٣]أشار لنص المادة: أنور علي الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٨٢، سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٣٧٥.

كما أخذت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠ بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. إذ نصت المادة (١/٢٣) منها على أنه: "تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته....".

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي، الصادر عن نفس اللجنة في عام ١٩٨٥ والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦ في المادة (١/١٦) منه. وقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (٢٣) منها.

وبالرغم من كل ما سبق ذكره _حول مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه_ وتكريس هذا المبدأ من قبل لوائح التحكيم الدولية له بصورة واضحة وصريحة، ذهب جانب من الفقه الفرنسي(١) إلى القول بأن تكريس لوائح التحكيم لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، وإن كان يعبر عن القبول العام الذي يحظى به هذا المبدأ، فإنه مع ذلك _ وعلى صعيد الفن القانوني الخالص_ لا يضيف أية قيمة لهذا المبدأ. فلائحة التحكيم والتي تستمد كل قيمة لها من إرادة الأطراف على إعمال أحكامها، لا يمكنها أن تمنح للمحكمين حقوقاً أكثر من تلك الحقوق التي تقرها الأنظمة القانونية المختصة. وبعبارةٍ أخرى فإن لوائح التحكيم، بسبب طبيعتها الاتفاقية، وعلى عكس القوانين الوضعية، تظل عاجزة عن حل التناقض الواضح، الذي سمح للمحكمين أن يصبحوا قضاة مختصين، بالفصل في الاتفاق الذي يعد مصدراً لسلطاتهم، وذلك على خلاف القوانين الوضعية التي استطاعت حل هذا التناقض.

خلاصة القول: إن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم ذات الطبيعة الدولية، قد أكدت جميعها على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، عند المنازعة فيه، كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، كونه ينسجم مع فعالية التحكيم في حسم المنازعات الناشئة بين الأطراف، ويأتي منسجماً مع سرعة الفصل في

---

**(١)- E. Gaillard: "Arbitrage Commercial International", J.Ci. Dr, Inter., Fasc. 586-1,1994, no.34.**

**أشارت إليه: حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٣٤.**

الإجراءات، التي تعد سبباً من أسباب اللجوء إلى التحكيم. كما يمثل هذا المبدأ حجر عثرة في طريق الطرف الذي يحمل سوء نية في تعطيل إجراءات التحكيم، فيما لو أجيز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء.

## الفرع الثاني

## نطاق وآثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

نتناول في هذا الفرع نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص (أولاً)، وآثار هذا المبدأ (ثانياً).

**أولاً: نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص:**

لا يقتصر تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص على التعرض لصحة اتفاق التحكيم فحسب، بل يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في اختصاصها، ولو ارتبط ذلك بالتعرض لصحة العقد الأصلي المبرم بين طرفي اتفاق التحكيم، فتفصل الهيئة في اختصاصها إذا دفع أمامها بعدم الاختصاص المبني على بطلان العقد الأصلي، وهي في ذلك لا تختص- إلا بنص صريح في اتفاق التحكيم- بالحكم صراحةً ببطلان العقد الأصلي، وإنما بالفصل في الدفع بعدم الاختصاص المبني على البطلان. وفي هذه الحالة فإن هيئة التحكيم متى قررت من خلال بحثها مدى صحة العقد الأصلي، بطلان هذا العقد، فإنها قد تستمر في عملية التحكيم لتفصل فيما يترتب على هذا البطلان من آثار في حق الطرفين[(١)].

ويؤكد ما تقدم أن المادة (٦/ف٤) من اللائحة المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية بباريس تقضي- كما ذكرنا سابقاً- باستمرار اختصاص هيئة التحكيم لتحديد حقوق الأطراف والفصل في إدعاءاتهم ما لم يتفقوا على غير ذلك[(٢)].

وجدير بالذكر أن نص المادة (١٨/أولاً) من مشروع قانون التحكيم العراقي، يفهم منه أيضاً إن نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، لا يشمل فقط الفصل في الدفوع المتعلقة بصحة أو بطلان، أو انعدام اتفاق التحكيم، وإنما يمتد ليشمل كافة الدفوع التي تتعلق باختصاص هيئة

---

**(١) محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٢٠.**

**(٢) راجع هذا النص والتعليق علية: سامية راشد، المرجع السابق، ص١٢٦.**

التحكيم، ومن بينها الدفع بعدم صحة العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، وآية ذلك أن المشرع العراقي أردف هذه العبارة، بعبارة " وقرار هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي لا يترتب علية بطلان شرط التحكيم " فدل هذا التوضيح على أن صدر هذه المادة أعم وأشمل بحيث يتسع لغير هذه الدفوع التي تتعلق باتفاق التحكيم لتمتد إلى أصل العقد المبرم بين الأطراف.

وبنفس الاتجاه أيضاً سار القانون المصري في المادة (٢٢) من قانون التحكيم[١]. وبذلك يكون لهيئة التحكيم أن تفصل باختصاصها سواء تعلق الأمر بالتعرض لصحة أو وجود العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم ذاته.

**ثانياً: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص:**

يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

**<u>١ – الأثر الإيجابي:</u>**

يتمثل هذا الأثر بالتوجه في مرحلة أولى للمحكمين فاسحاً المجال أمامهم لتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم النظر في اساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص[٢]. بمعنى آخر إن هذا الأثر يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه، بصفة تلقائية، دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص[٣].

وفي هذا الصدد قضت محكمة بوردو بأنه: "يعود إلى المحكم وحده النظر في اختصاصه"[٤].

ولا يخرج موقف قضاء التحكيم، عند بحث مسألة اختصاصه، عن فرضين: فهو إما أن يقرر اختصاصه بنظر النزاع، وإما أن يعلن عدم اختصاصه.

---

**[١] راجع: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٢٠ وما بعدها.**

**[٢] استاذنا: عبده جميل غصوب، المرجع السابق، بند ١٨، ص١٦٠.**

**[٣] حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٣٧، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٤٩، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص٤٠٠.**

**[٤] محكمة بوردو، الغرفة الأولى، القسم B، قضية رقم ٠٩/٠٢٥٩٣، تاريخ ٢٣/مارس/ ٢٠١٠، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٧١٧.**

ويستطيع المحكم أن يعلن قراره بالاختصاص، في حكم تمهيدي وهذا ما قضى به "المحكم المنفرد" في مركز التحكيم في جنيف بتاريخ ٦/يوليو/٢٠٠٩، حيث أصدر قراراً تمهيدياً حول اختصاصه، مشيراً في الفقرة الحكمية "إلى إعلان اختصاصه بالفصل في النزاع"[١]. أو يؤجل المحكم قراره بالاختصاص إلى صدور الحكم النهائي في النزاع الموضوعي.

وقد تفرض بعض التشريعات أن يفصل المحكم في اختصاصه في حكم تمهيدي، كمسألة أولية يجب حسمها في وقت مبكر، قبل صدور الحكم النهائي[٢]. أما أغلب الأنظمة القانونية فهي تعطي الخِيرة للمحكم، وهو ما قرره القانون النموذجي في المادة (٣/١٦) منه، ومشروع قانون التحكيم العراقي حينما نص في المادة (١٨/خامساً) منه على أن لهيئة التحكيم البت في اختصاصها كمسألة أولية أو في قرار التحكيم النهائي.

وأوضح مشروع قانون التحكيم العراقي، أنه إذا قررت هيئة التحكيم حسم هذه المسألة في قرار تمهيدي وأعلنت اختصاصها، فإنه يجوز لأي من الطرفين، خلال (٣٠) يوماً من تبلغه به، أن يطعن به لدى المحكمة المختصة بنظر الطعن، ولا يحول هذا الطعن دون استمرار هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم وإصدار القرار التحكيمي.

غير أن أغلب هذه الأنظمة القانونية أو التشريعات التي تعطي الخيرة للمحكم، والتي استمدت غالبية أحكامها من القانون النموذجي، أدخلت تعديلاً على هذه المسألة، عندما نصت على عدم جواز الطعن في قرار هيئة التحكيم التمهيدي (بالاختصاص) إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها[٣].

---

**[١]المحكمة الفدرالية السويسرية، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم A4-٢٠٠٩/٨٢٤، تاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٦، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٧٥٢ ما بعدها.**

**[٢]من أمثلة ذلك، القانون السويسري في المادة (٣/١٨٦)، والقانون الجزائري في المادة (١٠٤٤)، ينظر: أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، هامش رقم ١ ص١٤٩.**

**[٣]أنظر: المادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٣/٢١) من قانون التحكيم السوري، والمادة (٣/٢١) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (٣/٢٢) من قانون التحكيم العماني. وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بهذا الصدد: " فقضت بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان، عندما رفع أحد طرفي التحكيم دعوى بطلان حكم هيئة التحكيم التمهيدي، برفض دفع هذا الطرف لدعوى التحكيم، لرفعها من غير ذي صفة.=**

ونحن نؤيد هذا التعديل الذي تبنته بعض التشريعات الوطنية، لأنه أكثر تقدماً وفهماً لفلسفة التحكيم والأسس التي يقوم عليها، كما أنه بهذا التعديل قد جنب العملية التحكيمية عدداً من الإشكالات التي من أهمها إطالة عملية التقاضي، وهذا ما يتناقض مع أهداف التحكيم، في اختصار الزمن الذي تتطلبه عملية التقاضي، أمام محكمة التحكيم. وبذلك نأمل من المشرع العراقي إعادة النظر في المادة (١٨/خامساً) من مشروع قانون التحكيم الجديد، وجعلها على غرار ما ذهبت إليه هذه التشريعات، في عدم جواز الطعن على قرار هيئة التحكيم التمهيدي إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.

**٢ – الأثر السلبي:**

يتمثل هذا الأثر بالسماح للمحكمين ليس فقط بالبت في مسألة اختصاصهم وإنما بالفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى[١]. بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة، التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم، البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم، قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها[٢].

وعلى هذا الأساس إذا تقدم أحد الأطراف إلى قضاء الدولة لعرض النزاع، اعتماداً منه على بطلان اتفاق التحكيم، قبل أن يتمكن قضاء التحكيم من تقرير اختصاصه، فإن ذلك لا يحول دون تطبيق الأخير لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

---

**=وأسست المحكمة عدم قبولها لدعوى البطلان (برفعها قبل الأوان) على أنه لا يجوز رفع هذه الدعوى إلا بعد صدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع"، محكمة استئناف القاهرة، حكم الدائرة ٩١ تجاري، القضية رقم ١٢٠/١ ق تحكيم تجاري، تاريخ ٢٩/٤/٢٠٠٣، أشار إليه: محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، هامش رقم ١٣٨، ص١١٧.**

**[١] حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٣٧.**

**[٢] ومن الملاحظ أن هذا الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فيه اختلافاتٍ كثيرة ولم تأخذ به كثير من الأنظمة القانونية، ومن ضمنها القانون النموذجي، والذي أستأنس به الكثير من المشرعين الوطنيين عند وضعهم لقوانين دولهم الخاصة بالتحكيم الدولي. ينظر تفصيلاً: مهيب معماري، الإبقاء على الاختصاص القضائي في ظل وجود البند التحكيمي، مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الأولى، ٢٠١١، ص٢٣٤، محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، النسر الذهبي للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان نشر، ٢٠٠٠، ص٤ وما بعدها، سعد مومي، البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم في المغرب (الدولي والداخلي)، مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع، السنة الثالثة، ٢٠١٠، ص١١٩ وما بعدها.**

وهذا يعني أنه إذا كانت هيئة التحكيم لم يتم تشكيلها بعد، فإن ذلك لا يؤثر على موقف قضاء الدولة في الإعلان عن عدم اختصاصه، وبالتالي فهي ليست قاعدة أسبقية يتمسك بها القضاء الذي يتصل به النزاع أولاً، وإنما هي قاعدة أساسية مقررة لقضاء التحكيم دائماً، ولا يجوز لغيره أن يتمسك بها[١].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بهذا الصدد: "إن الفصل في الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط التحكيم يكون من اختصاص المحكمة الدولية للتحكيم طبقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس"[٢].

كما ردت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٠١١/٣/١٧ بشأن قضية (Dallah) طلب حكومة باكستان إبطال القرارات التحكيمية الثلاثة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث اعتبرت المحكمة "أن هيئة التحكيم كانت محقة في اعتبار نفسها مختصة بالبت في النزاع"[٣].

وفي نفس الصدد قضت محكمة التمييز الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠١١/٣/٩ بأنه: "يعود للمحكم أن يحكم، بصورة أوليّة، فيما يخصّ تكييف الشرط المتنازع فيه، الذي أثارت صياغته المبهمة الشكّ في مسألة معرفة ما إذا كان الطرفان ينويان اللجوء إلى التحكيم أو إلى اختصاص محاكم الدولة، ويكون السبب المبنيّ على مخالفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص جديداً ومرفوضاً"[٤].

---

[١] **أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٥٢، وأنظر أيضاً المادة (٣/٦) من اتفاقية جنيف الأوروبية.**

[٢] **محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة الاقتصادية، القضية رقم ٦٢، تاريخ ٢٠٠٨/٧/٢، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٤١٣.**

[٣] **محكمة استئناف باريس، القضية رقم ٦٧٥٤، تاريخ ٢٠١١/٣/١٧، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، السنة الثالثة، ص٨١٠.**

[٤] **محكمة التمييز الفرنسية، القضية رقم ٨٧٨٦، تاريخ ٢٠١١/٣/٩، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٦٣٩. وفي قضية (كوبروداك) قضت نفس المحكمة: "إن الهيئة التحكيمية تكون وحدها مختصة لبت صلاحية وحدود تنصيبها وولايتها، عندما يكون النزاع قد =**

## المطلب الثاني

## حالات إعمال المحكم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص

هناك عدة حالات تستدعي من المحكم أن يحسم أمرهُ فيها، وأن لا يقف صامتاً تجاهها، بل لا بد من التدخل السريع، ولأول وهلة يثير فيها مسألة اختصاصه تلقائياً.

ولمعرفة هذه الحالات وكيفية تعامل المحكم معها، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكما يلي:

**الفرع الأول:** حالة إعمال المحكم اختصاصه من تلقاء نفسه.

**الفرع الثاني:** حالة إعمال المحكم اختصاصه في حالة عدم مثول أحد الأطراف.

**الفرع الثالث:** حالة إعمال المحكم اختصاصه في حالة التشكيك في اختصاصه بالدفع بعدم الاختصاص.

## الفرع الأول

## حالة إعمال المحكم اختصاصه من تلقاء نفسه

بالرغم من الأهمية التي يتمتع بها موقع المحكم في عملية التحكيم، ودوره في حسم المنازعات بين الأطراف، ولما له من سلطة تقرير اختصاصه من تلقاء نفسه، إلا أنه تقع عليه مجموعة من الالتزامات بهدف التوصل إلى حكم تحكيمي عادل وسليم. وهذه الالتزامات بعضها منصوص عليها في القانون، والبعض الآخر تقرّهُ الأطراف، ومنها ما تفرضه طبيعة المهمة الموكل إليه، لذلك يجب أن يكون للمحكم دور فاعلٌ في إعمال هذه الالتزامات المفروضة عليه. ومن هذه الالتزامات: أنه يجب على المحكم إعمال اختصاصه فيما يصح، وإعمال عدم اختصاصه فيما لا يصح[1].

ولهذا نعالج دراسة كيفية إعمال المحكم لاختصاصه، من تلقاء نفسه، في حالة عدم صحة اتفاق التحكيم، وحالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم. ولكي يتسنى لنا معرفة ذلك، لا بد من تقسيم هذا الفرع إلى:

---

=رفع أمامها...."، محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة الأولى، قرار بدون رقم، تاريخ ١٠/٥/١٩٩٥، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع، السنة الثالثة، ٢٠١٠، ص١١٨.

(١)أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٨١.

**أولاً**: حالة عدم صحة اتفاق التحكيم.

**ثانياً**: حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم.

**أولاً: حالة عدم صحة اتفاق التحكيم:**

إن أول وأهم واجبات المحكم، عند تصديه للنزاع بين الأطراف، هو النظر في مدى صحة ومشروعية اتفاق التحكيم. فإذا تبين للمحكم أن هذا الاتفاق باطل، فإنه لا شيء يمنعه من الحكم بعدم اختصاصه، أي تقرير انتفاء سلطته في نظر النزاع لبطلان اتفاق التحكيم(١).

فيجب على المحكم أن يتأكد من سلامة الشروط، التي يلزم قيام اختصاصه عليها، وهي الشروط الموضوعية والشكلية التي يقوم عليها اتفاق التحكيم(٢)؛ لذا فهو يعلن عن حالة عدم اختصاصه من تلقاء نفسه إذا لم تتحقق هذه الشروط، دون أن ينتظر تقديم هذا الدفع من قبل أحد الأطراف، لأن هذا من صميم عمله ومهامه، وإلا يكون قد ساهم في تنفيذ عقد باطل، وإصدار حكم تحكيمي مصيره الحتمي هو البطلان، مما يؤدي إلى ضياع وقت الخصوم وأموالهم(٣).

ويرى بعض الفقه(٤) أن سلطة المحكم في هذه الحالة لا تصل إلى القضاء ببطلان اتفاق التحكيم، مصدر سلطته في التحكيم، فهذا الأمر يبقى من اختصاص قاضي الدولة وحده. ومن ثم يقتصر دور المحكم على الحكم، بعدم الاختصاص (وبالأحرى انتفاء السلطة)، وهي مسألة لا تتوقف على طلب من الخصوم، حتى يتفادى السير في إجراءات تحكيم مصيرها البطلان.

---

**(١)أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٨١ وما بعدها.**

**(٢)تشترط معظم التشريعات التي تنظم التحكيم شروطاً شكلية لاتفاق التحكيم، بالإضافة إلى الشروط الموضوعية، باعتباره عقداً يجب أن تتوفر له مقومات الاتفاق وإلا فقد أثره القانوني. ينظر تفصيلاً: سميحة القليوبي، دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص١٠٩ وما بعدها، أسامة عبد الرزاق أسطة، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الدولية، الجزء الثاني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٩، ص٩٦.**

**(٣)عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص١٥٥.**

**(٤)عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع نفسه، ص١٥٥.**

وقد سارت بهذا الاتجاه المتقدم بعض النظم القانونية[١]، ومنها القانون المصري في المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم، عندما خول هيئة التحكيم الفصل في الدفع بعدم اختصاصها فقط والمبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه، دون أن يخوّلها سلطة الحكم بوجود الاتفاق أو سقوطه أو بطلانه[٢].

فمجرد النص على اختصاص هيئة التحكيم _ بالفصل في الدفع بعدم الاختصاص_ لا يكفي وحده لتخويلها سلطة الفصل في وجود، أو صحة أو نفاذ، اتفاق التحكيم، بل لا بد من أن ينص المشرع صراحةً على منح المحكم هذه السلطة، بحيث يكون مصدر اختصاصه بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم ليس هذا الاتفاق وإنما القانون[٣].

وعلى العكس من ذلك، فقد أخذت بعض الأنظمة القانونية الأخرى[٤] بفكرة مختلفة، بموجبها تمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في عدم وجود أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم. ومن هذه الأنظمة ما ذهب إليه المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم الجديد وفقاً للمادة (١٨/أولاً) منه، فإنه يخول هيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في الاعتراضات التي تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته.

ونحن نؤيد موقف المشرع العراقي هذا، وهو موقف بنظرنا صائب وصحيح بهذا الخصوص، لأنه جعل مصدر اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، هو نص القانون وليس اتفاق التحكيم. فمن التناقض منح المحكم سلطة الحكم، حول وجود أو صحة الاتفاق

---

**[١]من أمثلة ذلك، المادة (١/٢١) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١/٢١) من قانون التحكيم السوري، والمادة (١/٢٣) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة (٢/٦) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.**

**[٢]ينظر تفصيلاً: فتحي والي، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص٧٧ وما بعدها، وانظر عكس ذلك: مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، المرجع السابق، بند٣٦١، ص٥٣٠ وما بعدها.**

**[٣]فتحي والي، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم، المرجع السابق، ص٧٧.**

**[٤]من أمثلة ذلك، المادة (٦١) من قانون التحكيم التونسي، والمادة (٣/٥) من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١.**

مصدر هذه السلطة، ذلك أن وجود اتفاق تحكيم صحيح، هو مفترض لمباشرة المحكم أي سلطة في خصومة التحكيم(١).

وأياً كان أمر هذا الخلاف المتقدم، فإنه يتعين على المحكم أن يتحقق من وجود اتفاق التحكيم، فيعلن اختصاصه إذا اكتشف أن اتفاق التحكيم مدرج ضمن شروط عامة في وثيقة مكتوبة، قام الأطراف بالتوقيع عليها، أو تم إحالته إلى عقد نموذجي، يتضمن بمقتضاه الخضوع للتحكيم لدى إحدى الهيئات الدولية المتخصصة، أو تم ارتباطه بعقد آخر _ قائم أو سابق_ يشتمل على شرط تحكيم، أو تم تجديد العقد الذي يحتوي على اتفاق تحكيم، أو تم اتفاق تحكيم عن طريق توكيل الغير بذلك(٢). ويعلن المحكم اختصاصه أيضاً عند تحقق الرضا والرغبة المشتركة في خلق الاختصاص له، وعند تقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما(٣).

ويعلن المحكم عدم اختصاصه إذا تبين له أن الإرادة قد شابها عيب من عيوب الإرادة، كالإكراه أو الغلط أو التدليس، وعند عدم توفر الأهلية المقررة قانوناً في أحد الأطراف وهي أهلية التصرف فيما يملك(٤)، وهذه الأخيرة تعد شرطاً لإبرام اتفاق التحكيم.

فإذا كان أحد الأطراف قاصراً أو محجوراً عليه أو مفلساً(٥)، فإنه يعلن عدم اختصاصه بنظر النزاع، لأن اتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون باطلاً(٦)، أو إذا ثبت له سقوط اتفاق

---

**(١) في نفس المعنى: فتحي والي، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم، المرجع السابق، ص٧٦ وما بعدها.**

**(٢) ينظر في هذا الصدد تفصيلاً: سامية راشد، المرجع السابق، ص٢٣٢.**

**(٣)محسن شفيق، المرجع السابق، ص١٧٤، عاطف بيومي شهاب، المرجع السابق، ص٧١.**

**(٤)عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٨٤.**

**(٥) محسن شفيق، المرجع السابق، ص١٧٧، مصطفى ناطق صالح، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٢، العدد ٤٣، ٢٠١٠، ص١٢٢.**

**(٦)تنص المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ على أنه: "لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموفقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك.... ثالثاً: الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر".**

التحكيم، بانتهاء مدته، سواء قبل التصدي لنظر النزاع، أو أثناء السير في إجراءات التحكيم، إلا إذا تم تصحيحه من قبل الأطراف المتنازعة، فهنا يصح للمحكم أن يعلن اختصاصه[1].

كما أن الأطراف قد يلجؤون إلى استعمال حالات غير مشروعة، يراد منها التحايل على القانون وعدم الانصياع له، كأن يكتشف المحكم أن الأطراف قد استبعدوا طرح النزاع على القضاء من أجل التهرب من أحكام القانون، فتم اللجوء إلى التحكيم مباشرةً، أو أن الأطراف لم يحددوا موضوع النزاع بدقة، أو إذا تبين له أن الأطراف قد اتفقوا على الرجوع إلى القضاء، إذ لم يحلو لهم حكم المحكم، ففي هذه الحالة يعتبر اتفاق التحكيم غير صحيح وباطل[2]، وعليه فيجب على المحكم في جميع هذه الحالات أن يعلن عدم اختصاصه[3].

**ثانياً: حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم:**

بعد أن رأينا كيف يتعامل المحكم مع حالة عدم صحة اتفاق التحكيم، فإننا نتصدى هنا لحالة عدم صحة اتفاق التحكيم، من حيث محلة، وهي المسائل التي لا يجوز حلها بطريق التحكيم، والمسائل التي تتعلق بالنظام العام.

فإذا تبين للمحكم أن هنالك خرقاً للنظام العام[4]، من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم، فيجب علية مباشرةً التخلي عن مهمته ويعلن بالتالي عدم اختصاصه. فالمحكم يستطيع أن يثير

---

[1] **أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٥.**

[2] **محكمة استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، رقم ٢٥/١٢٣، تاريخ ٢٠٠٨/٩/١٠، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص٤١٨.**

[3] **ينظر تفصيلاً: أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٨٤، هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٦٧.**

[4] **تجدر الاشارة إلى ان النظام العام أمام المحكم يختلف عن النظام العام أمام القاضي، فهو أمام القاضي يتصف بانه وطني، ومستقل، ونسبي، وهو متغير من حيث الزمان والمكان، كما انه متنوع. أما أمام المحكم فهو يختلف تماماً عن النظام العام القضائي، فيتصف بخاصية الإطلاق والشمول، فالمحكم لا يرتبط بدولة ولا يعبر عن سيادة، فهو قاضٍ خاص نصبه أطراف التحكيم للقيام بمهمة معينة ومحددة يفصل فيها بقرار ملزم. ينظر في هذا الصدد تفصيلاً أستاذنا: سامي بديع منصور، النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان: مرونة التطبيق، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ٢٠٠٤، ص٥٧ وما بعدها.**

مسألة البطلان من تلقاء نفسه، في حالة خرق النظام العام، إذا لم يكن أحد الأطراف قد أثار هذا البطلان[١].

ويكون تقدير المحكم لاختصاصه من تلقاء نفسه، بناءً على النظام العام المقرر في القانون الواجب التطبيق والمختار من قبل الأطراف، وبناءً على النظام العام للدولة التي سيتمفيها تنفيذ هذا القرار فيما لو تم تقرير الاختصاص مثلاً. أما إذا كان قانون دولة التنفيذ يقضي بعدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، فإن على المحكم في هذه الحالة أن يقضَي بعدم اختصاصه منذ البداية. والقول بغير ذلك معناه إضاعة الوقت والجهد، والاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم سوف يُقضي ببطلانه أو يرفض تنفيذه والاعتراف به، نظراً لعدم اختصاص المحكم بالفصل في النزاع[٢] مع مراعاة النظام العام الدولي[٣]. ويظهر دور المحكم بشكل بارز في حالة إبطال الأعمال المتعارضة مع النظام العام غير الأخلاقية وغير المشروعة، وحالة عدم احترام مبدأ حسن النية[٤]، فمنها يقرر المحكم من تلقاء نفسه عدم اختصاصه.

وعلى المحكم أيضاً أن يبحث عن المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، وهي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[٥]، فإذا وجد أياً منها، فإنه يعلن عدم اختصاصه، باستثناء ما يترتب عن هذه المسائل من آثار مالية متعلقة بها، فإنه يعلن اختصاصه، مع مراعاة النظام العام الدولي، فيحكم بعدم اختصاصه إذا تمت مخالفته[٦].

---

**[١]أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٨٥.**

**[٢] سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص٣٨٠.**

**[٣]يقصد بالنظام العام الدولي: "بانه مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة أي التي تشكل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد ممكن من الدول مثل القاعدة التي تحرم الرشوة أو التي تمنع تهريب المخدرات والقاعدة التي تحظر التعديات على حقوق الإنسان والقاعدة التي تحظر التمييز العنصري بين الشعوب...الخ وهو ما تعززه أعراف التعامل التجاري الدولي". ينظر في هذا الصدد استاذنا: سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص٦٠.**

**[٤] أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١٠٧.**

**[٥]وهي المسائل المنصوص عليها في المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي، وبتعبير أوسع في المادة (٩) من مشروع قانون التحكيم العراقي.**

**[٦]وهذا ما قام به المحكم السويدي (Largregen) في القضية التي دارت أحداثها بين شخص أرجنتيني الجنسية اتفق مع شركة بريطانية على التدخل لدى المسؤولين الأرجنتينيين لتسهيل حصول الشركة البريطانية على عقد مقاولة كبرى مقابل الحصول على مبلغ من المال. وحدث أن حصلت الشركة البريطانية على العقد الموعود به، بعد فترة من الزمن، واتفقت على اللجوء إلى التحكيم، وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، للنظر في ادعائه استحقاق العمولة لجهوده السابقة في سبيل ذلك. وقد قرر المحكم عدم اختصاصه في=**

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد انقسم إلى رأيين حول كيفية إعلان المحكم عن عدم اختصاصه عند مخالفة النظام العام:

فوفقاً للرأي الأول: إن المحكم يكتفي بالتخلي عن نظر النزاع ويعلن عدم اختصاصه، ولا يجوز له أن يقضَي ببطلان اتفاق التحكيم، لمخالفته النظام العام، وإلا يكون قد جاوز سلطاته القضائية، خاصةً إذا لم يثر أحد الخصوم مسألة البطلان، لأن المحكّم ليس كقاضي الدولة الذي يملك إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه. أما إذا أثار احد الخصوم هذه المسألة جاز له أن يتصدى لها. كما إن القضاء بالبطلان قد يمس حقوق الغير، مثل القضاء ببطلان الشركة أو براءة الاختراع، وما يكون لهذا البطلان من أثر بالنسبة للكافة، وهي مسائل لا يمكن قبولها[١].

أما الرأي الثاني: فقد انتقد هذه التفرقة، ويرى أن الصحة كالبطلان، وطالما يملك المحكم تقرير صحة العقد، فإنه يملك تقرير بطلانه لمخالفته النظام العام. هذا وإنه يملك تقرير البطلان فوراً، لأن القول بتقرير البطلان عند إعلانه لحكمه فقط، يعني انه سيستمر في نظر المنازعة رغم علمه بأنه سيقضي في البطلان في النهاية [٢].

ومن جانبنا نحن نؤيد هذا الرأي، لأن هذه السلطة هي ممنوحة أصلاً للمحكم بموجب القانون المنظم للتحكيم في غالبية التشريعات، بغرض التأكد من وجود وصحة اتفاق التحكيم، كما إنه مادامت توجد الرقابة القضائية اللاحقة لحكم المحكم، فإذا وقع هذا الأخير في الخطأ، عند تقديره لبطلان أو عدم مشروعية العقد الأصلي، فإن المحكمة المختصة سوف تستدرك عليه هذا الخطأ.

---

**=إصدار حكم في هذه القضية قائلاً: " بعد تقديم جميع الأدلة قد اقتنعتُ بأن حالة مثل هذه تنطوي على مخالفة صارمة للأخلاق وللنظام العام، ولا يمكن لأي محكمة أن تقر بصحة هذا العقد". راجع هذا الحكم والتعليق عليه: سامية راشد، المرجع السابق، ص١٤٠ وما بعدها، أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص١١١ وما بعدها.**

(١) **P. Mayer:Lecontrat illicite, in l'arbitre et le contral.,Rev. Arab. 1984. P.205, Spe. P.213.**

**أشار إليه: عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٢٢. وفي الفقه العربي راجع: أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، بند٤٧، ص٦٢، عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٢٢.**

(٢) **Pascal Ancel: Convention d'aribtrage, condition de fond, Juris- class. Proc, iv.Fasc. 1024,No. 110.**

**أشار إليه: عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٢٢. وفي الفقه العربي راجع: ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣٤١، أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٩١.**

## الفرع الثاني

## حالة إعمال المحكم اختصاصه في حالة عدم مثول أحد الأطراف

قد لا تسير إجراءات التحكيم بالشكل الطبيعي كما يجب أن يراها المحكم، بل قد يعترض طريقها عدة إشكالات أو عقبات، منها ما هي قائمة على حسن النية، وعلى اعتبار أنه حق طبيعي يكفله القانون. ومنها ما هي قائمة على سوء النية، تحاول أن تنال من إجراءات التحكيم، وتؤثر عليها، لتكون النتيجة غير صائبة أو غير مرضية لأحد الأطراف، ومن هذه العقبات ما يؤثر حتماً على الأطراف أو على المحكم على حدٍ سواء.

فحالة عدم مثول أحد الأطراف تؤثر حتماً على الطرف الآخر الماثل، وتؤثر أيضاً على المحكم، مما يوجب على هذا الأخير أن يعلن عن مدى اختصاصه في هذه الحالة، لأن هنالك طرفاً غائباً عن النزاع، وهذا الإعلان يتوقف على حالتين هما:

**أولاً**: حالة عدم مثول أحد الأطراف مع وجود اتفاق التحكيم.

**ثانياً**: حالة عدم مثول أحد الأطراف مع عدم وجود اتفاق التحكيم.

**أولاً: حالة عدم مثول أحد الأطراف مع وجود اتفاق تحكيم:**

إن توجه طرفي النزاع إلى المحكم لعرض النزاع عليه، بموجب اتفاق تحكيم مبرم بينهما، قد ينتج عنه موقفين من الأطراف. فقد يكون موقف أحد الأطراف إيجابياً، فيسعى للمشاركة في إجراءات التحكيم والسير فيها والمثول أمام المحكم، وأحياناً يكون موقف الطرف الآخر سلبياً، فيرفض المشاركة في هذه الإجراءات وعدم السير فيها، بعدم المثول أمام المحكم، باعثاً إشارة من ذلك يعني فيها بعدم اختصاص المحكم بالفصل في النزاع[١].

ويرى بعض الفقه[٢]- نؤيده- أن هذه وسيلة غير مقبولة لتحديد اختصاص المحكم، لأن مثول أحد طرفي النزاع أمام المحكم لا يعني بالضرورة الموافقة على اختصاصه، أو أنه مختص بالنزاع، فيستطيع أي طرف ماثل أن يثبت عدم اختصاص المحكم ويُقنع هذا الأخير بذلك، بل يمكن أن يرى المحكم نفسه عدم اختصاصه تلقائياً رغم حضور جميع الأطراف أمامه.

---

(١) أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٩٢.

(٢) أبو الوفا محمد، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دراسة في إطار قانون الإجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص٤٢، أشار إليه: أنور علي الطشي، المرجع نفسه ، ص١٩٢.

وفي الحقيقة هناك عدة أسباب[١] قد تكون دافعة إلى عدم مثول أحد طرفي النزاع. ومن أمثلة ذلك، إيمان أحد الأطراف بعدم وجود اتفاق تحكيم، بموجبه يتم طرح النزاع على هيئة التحكيم، أو انقضاء هذا الاتفاق، وتجرده من آثاره، مع عدم اتفاق الأطراف على مد ميعاد اتفاق التحكيم. وإلى جانب هذه الأسباب، قد يتخذ أحد الأطراف عدم المثول وسيلة للتهرب والتحايل والمماطلة[٢]، لعلمه المسبق بضعف موقفه وعجز أدلته، فيضطر إلى أسلوب عدم المثول ليستفيد من ذلك في عرقلة الإجراءات وإطالة أمَد النزاع. وقد يكون عدم المثول أيضاً راجعاً لسبب طارئ، كمرض أو قوة قاهرة[٣] منعت من المثول أمام المحكم.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: ما هو الموقف الذي يتخذه المحكم في حالة عدم مثول أحد الأطراف أمامه أياً كان سبب عدم المثول؟

يرى بعض الفقه[٤] أنه يجب على المحكم، في بداية الأمر، أن يبحث عن حالة اتفاق التحكيم، ويعلن اختصاصه على حسب هذه الحالة، فإذا صحت حالة اتفاق التحكيم أعلن اختصاصه بنظر النزاع، وينظر في أي مسألة تثار أثناء النزاع.

ومن ثم يجب على المحكم أن يتأكد من صحة إعلان الطرف غير الماثل[٥]، وإعلانه ببدء الإجراءات وميعاد الجلسات ومكان انعقادها[٦]، وأن يبحث عن سبب عدم المثول، فإذا كانت قوة قاهرة أو مرضاً أو جهلاً بموعد بدء الإجراءات، فإن هذه لها أحكامها الخاصة، وعلى

**[١] أبو الوفا محمد، المرجع السابق، ص٤٦ وما بعدها.**

**[٢]عن أساليب المماطلة في التحكيم راجع أستاذنا: عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص ١٥٠ وما بعدها، عبد الحميد الأحدب، آخر مبتكرات التسويف والمماطلة: استقالة المحكم.. هل المحكمة المبتورة هي الحل؟، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، السنة الثانية، ٢٠١٠، ص٢٣ وما بعدها.**

**[٣]يقصد بالقوة القاهرة: حادث لا يمكن للخصم أن يتوقعه ولا يمكنه أن يدفعه وخارج عن إرادته، ويترتب عليه أن يصبح هذا الخصم في حالة استحالة مطلقة، تحول بينه وبين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه ومراكزه القانونية، أو للدفاع عنها أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايتها، أو تنفيذ الواجبات والأعباء الإجرائية الملقاة على عاتقه في الميعاد المقرر قانوناً. ينظر في هذا الصدد: محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص٦٢.**

**[٤]أبو الوفا محمد، المرجع السابق، ص٧١.**

**[٥]أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٩٤ وما بعدها.**

**[٦] مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، المرجع السابق، بند٤٥٥، ص٦٦٣.**

المحكم أن يمنحه وقتاً بعد ذلك ليستطيع تحضير دفاعه وردوده، وتحديد ميعاد لتقديم ذلك. وإذا كان غير ذلك من أسباب فيتم إعلانه بأن إجراءات التحكيم سوف تستمر حتى الحكم في النزاع[١].

فإذا أصر الطرف على عدم المثول، فإن المحكم يقرر عدم وجود مبرر لعدم المثول، وأن لا مسوغ لذلك وأنه سيستمر في الإجراءات[٢]، ويحكم في النزاع بما تمليه عليه العدالة، حيث سيحكم بما وصلت إليه قناعته وبما رأى من أدلة ووقائع بين يديه[٣].

وهذا ما حصل بالفعل في القضية التي دارت أحداثها بين إحدى الشركات البرتغالية، التي كانت تسعى إلى إقامة مصنع لإنتاج البلاط من الفلين والبلاستك للأرضيات، ولذلك تعاقدت مع شركة أمريكية على شراء مكبس ومعدات للإنتاج، حيث تم إبرام العقد في السويد.

وبعد تقاعس الشركة البرتغالية بما تعهدت به، لجأت الشركة الأمريكية إلى التحكيم، وتم تعيين محكم وحيد لنظر هذا النزاع، وعقد المحكم عدة جلسات لنظر القضية، وفي كل جلسة كان يوجه إخطاراً للشركة البرتغالية المدعى عليها، ولكنها لم تمثل أمام المحكم.

لذلك قرر المحكم أن يستمر في نظر الدعوى، وإصدار الحكم، بحيث يتحمل الطرف الممتنع عن المثول نتائج تخلفه، طالما انه قد أُعلن على وجه قانوني سليم بمواعيد الجلسات، وأُعطيت له الفرصة لإبداء دفاعه فلم يفعل. من أجل ذلك اعتمد المحكم على الأوراق والمستندات المقدمة من الشركة الماثلة أمامه، وكذلك على العقد والبروتوكول الموقع مع المدعى عليها، والمراسلات التجارية بين الطرفين، وتم تكييف العقد بينهما على أساس أنه عقد لم ينفذه أحد الطرفين، وعليه فسيبقى مسؤولاً عن عدم التنفيذ ويجب إلزامه بأداء الثمن كاملاً[٤].

---

(١) أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص١٩٥.

(٢) أسامة أحمد المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، بند١٣٢، ص١١٦.

(٣) تنص المادة (٢٧/ثالثاً) من مشروع قانون التحكيم العراقي على أنه: "لهيئة التحكيم الاستمرار بالإجراءات وإصدار قرار التحكيم بناءاً على الأدلة المتوفرة لديها رغم تخلف أحد الطرفين عن الحضور أو تقديم الأدلة والمستندات". يقابل هذه المادة، المادة (٢٥/ج) من قانون اليونسترال النموذجي، والمادة (٣٥) من قانون التحكيم المصري.

(٤) القضية رقم ٤٤، تاريخ ٢٤/يوليو/١٩٩٥، أشار إليها: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص٢٩٩ وما بعدها.

يتضح لنا من القضية المتقدمة، أن المحكم قد تعامل مع عدم المثول، من خلال بحثه عن صحة اتفاق التحكيم، وصحة العقد الأصلي، فبعد أن تأكد من ذلك، أعلن اختصاصه بنظر النزاع.

**ثانياً: حالة عدم مثول أحد الأطراف مع عدم وجود اتفاق تحكيم:**

في الحقيقة إن المحكم لا يستطيع أن يمارس إعلان اختصاصه على نزاع مادام لم يتضمن ذلك اتفاق تحكيم. وهذا الشيء اتفق عليه جميع فقهاء القانون، وأشارت إليه نصوص القوانين الوطنية والدولية.

وفي بعض الأحيان قد يقوم بعض الأطراف بعرض النزاع على التحكيم، رغم عدم وجود اتفاق تحكيم، حيث يأمل بهذا العرض أن الطرف الآخر قد يرضى هذا العرض ويتقدم ويشارك في إجراءات التحكيم تحت موافقة لاحقة. والبعض الآخر من الأطراف قد يعتبر هذا الوضع غير قانوني وغير منطقي، لذلك لا يفكر في أن يمثل أمام أية هيئة تحكيم.

ويرى بعض الفقه[١] إن هذا الموقف الذي اتخذه هذا الطرف، وهو عدم المثول، لا يعتبر في هذه الحالة "موقفاً سلبياً"، على اعتبار انه يمارس حقه القانوني. فلا يمكن إجبار شخص رغماً عنه ودون إرادته على المثول أمام محكم، أو هيئة تحكيم، في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم، أولم يتفق عليها سابقاً لتكون فاصلة في النزاع العالق بينهما، مما يستوجب على المحكم وعلى وجه السرعة ودون تأخير، أن يعلن عن عدم اختصاصه بنظر النزاع لعدم وجود اتفاق تحكيم.

وتجدر الإشارة، إلى أنه لا يوجد في قضاء التحكيم أو ندرة أن يسعى أحد الأطراف إلى عرض النزاع على محكم مع تسليمه بعدم وجود اتفاق تحكيم مبرم بينه وبين الطرف الآخر.

## الفرع الثالث

## حالة التشكيك في اختصاص المحكم بالدفع بعدم الاختصاص

إن إعمال الاختصاص، من قبل المحكم، قد يتوقف على دور تلقائي من قبله في حالة معينة، وقد يتوقف على دور إيجابي من قبل أحد الأطراف يفرض على المحكم التعامل معه. فقد يكون ما يدلي به هذا الطرف من طروحات فيه من الحقيقة أو فيه من التضليل، لذا يكون حسم

---

(١) أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢٠٠.

هذه المسألة واقعاً على عاتق المحكم، فإما أن يقبل الدفع بعدم اختصاصه وإما أن يرفضه. وهذا ما يجعلنا نقسم هذا الفرع إلى ما يلي:

**أولاً:** حالة رفض المحكم الدفع بعدم الاختصاص.

**ثانياً:** حالة قبول المحكم الدفع بعدم الاختصاص.

**أولاً: حالة رفض المحكم الدفع بعدم الاختصاص:**

قد يلجأ أحد الأطراف إلى التشكيك باختصاص المحكم، وهذه الحالة تقدم في صورة دفع أمام المحكم ذاته، فيدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو انقضائه، أو بطلانه[١]، أو يدفع بأنه لا سلطه للمحكم في نظر النزاع[٢]. فإذا تعرض المحكم لأية حالة من حالات التشكيك في اختصاصه، فإنه يكون لزاماً عليه ولأول وهلة أن يعلن عن مدى اختصاصه، وفي بعض الأحوال يعلن المحكم عن اختصاصه. بمعنى آخر يرفض حالة التشكيك ويرفض الدفع بعدم الاختصاص[٣].

ويمكن أن يجمع المحكم بين إعلان اختصاصه، وبين الحكم في موضوع النزاع. كما يمكن أن يعلن اختصاصه أولاً، ثم يستمر في بحث موضوع النزاع ويحكم فيه في حكم آخر[٤].

ويرى بعض الفقه[٥] أن أفضل الخيارات هو أن يفصل المحكم في مسألة اختصاصه بحكم، ثم ينظر النزاع ويفصل فيه بحكم آخر.

والسؤال الذي يثور هنا هو: ما هو الوقت الذي يمكن فيه إثارة الدفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف، بمعنى فهل يحق له أن يتقدم بهذا الدفع في أي وقت يشاء أم إنه مقيد بزمن معين؟

في الحقيقة، لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات:

---

(١) أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢٠٩.

(٢) عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٥.

(٣) أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢٠٩

(٤) عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٥، عبد العظيم المغربي، الدفوع المختلفة في المنازعات التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الأول، ١٩٩٩، ص٩٤، وهذا أيضاً هو موقف القانون العراقي في المادة (١٨/خامساً) من مشروع قانون التحكيم، والمادة (٣/١٦) من قانون اليونسترال النموذجي.

(٥) أبو الوفا محمد، المرجع السابق، ص١٠٧.

فالاتجاه الأول: وهو التقليدي، يعتبر الدفع بعدم الاختصاص من "الدفوع الشكلية"، والتي يجب على الأطراف إبداؤه قبل البحث والمناقشة في موضوع النزاع[1].

والاتجاه الثاني: وهو الحديث، يعتبر الدفع بعدم الاختصاص من "الدفوع الإجرائية" المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فيجوز إبداؤه في أي وقت حتى ولو بعد البحث والمناقشة في موضوع النزاع[2]. واستند هذا الاتجاه إلى أنه يمكن أن يستمر المحكم في فحص موضوع النزاع، ولا اختصاص له، وينتهي إلى البطلان فيما بعد، فمن الأفضل مواجهة ذلك أثناء النزاع، توفيراً للوقت، وتأكيداً على طابع السرعة الذي يجب أن يتسم به التحكيم[3].

أما الاتجاه الثالث: فيفضل التفرقة بين حالات عدم الاختصاص التي ترجع لسبب يتعلق بالنظام العام، وبين حالات عدم الاختصاص التي ترجع لسبب آخر لا يتعلق بالنظام العام. فإذا كان الدفع مبنياً على سبب يتعلق بالنظام العام، والذي يؤدي إلى البطلان المطلق، لاتفاق التحكيم (كانعدام الرضا مثلاً)، فإنه يجوز إبداء هذا الدفع أمام المحكم في أي وقت، ولو بعد البحث والمناقشة في موضوع النزاع. أما إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على سبب لا يتعلق بالنظام العام، فإنه يتعين إبداؤه في مستهل الخصومة وإلا سقط الحق في إبدائه[4].

ونحن نؤيد الاتجاه الثاني (الاتجاه الحديث)، فالدفع بعدم اختصاص المحكم يجب أن يعامل معاملة خاصة، فيما يتعلق بقواعد السقوط بشكل خاص، وهو دفع إجرائي، يجوز إبداؤه ولو حتى بعد الفصل في النزاع.

---

(1) **أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص٤٩٥ وما بعدها، هدى محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٦٩، علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص٣٥٧، أشار إليه: أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢٠٠.**

(2) **عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٦، د. عبد العظيم المغربي، المرجع السابق، ص٩٢.**

**وانظر: قرار المحكمة الفدرالية السويسرية، بدون رقم، تاريخ ٧/أيلول/٢٠٠٦، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص٨٤٣.**

(3) **عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٦، محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٠٤ وما بعدها.**

(4) **Eric LOQUIN, Competence arbitrale, conflis entre la competence arbitrale et competence, juris, class. Proc. Civ. Fasc. 1034, No. 76-77.**

أشار إليه: عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٦.

هذا وتجدر الإشارة، إلى أننا كنا قد أوضحنا سابقاً، كيف أن التشريعات الوطنية قد اختلفت فيما بينها، في مسألة الطعن المقدم من قبل أحد الأطراف، في حالة رفض المحكم الدفع بعدم اختصاصه[١].

**ثانياً: حالة قبول المحكم الدفع بعدم الاختصاص:**

في الحقيقة إن قبول المحكم لهذا الدفع، وإعلانه بعدم اختصاصه، تؤثر فيه عدة عوامل، منها ما يتعلق بالطرف الذي تقدم بالدفع، وهو عامل ثانوي، ومنها ما يتعلق بالمحكم نفسه وهو عامل رئيسي[٢].

فالعامل الذي يتعلق بالطرف، الذي تقدم بهذا الدفع، فإنه يقوم على نوعين من الدفوع هما: أولهما: إن هذا الدفع مبني على حسن النية، وإن الطرف محق فيما قدم من دفع، وإنه يغلب على هذا الدفع الجدية، فهو يستجلي بهذا الدفع للمحكم عن أسباب بطلان اتفاق التحكيم، أياً كان هذا السبب الذي يستند إليه، سواء كان لعدم قابلية الموضوع نفسه للتحكيم فيه، (كما لو كان محل النزاع هو تنفيذ عقد غير مشروع)، أو إذا برهن للمحكم عدم وجود اتفاق تحكيم أصلاً، كأن يثبت للمحكم عدم صحة اتفاق التحكيم، لعدم توافر الشروط الشكلية أو الموضوعية، المنصوص عليها في القانون. ففي هذه الحالة إذا اكتشف المحكم صحة هذا الدفع، فإنه يعلن عن عدم اختصاصه لأول وهلة وبدون تأخير. وثانيهما: إن هذا الدفع مبني على سوء النية، وعلى قدرات هذا الطرف في توظيف شبهاته لإقناع المحكم. فقد يحاول فيه الطرف تضليل المحكم عن عين الحقيقة، ويتمسك بشبهات كاذبة، مما يوقع المحكم في شكوك، فيعلن قبول الدفع ويعلن عدم اختصاصه[٣].

أما العامل الرئيسي الذي يتعلق بالمحكم لقبوله هذا الدفع فإنه يقوم على نوعين من المحكمين هما: أولهما: أن يكون المستوى العلمي للمحكم عالياً، وتكون خبراته واسعة ومؤهلاته متنوعة، يستطيع من خلالها كشف مدى مصداقية وجدية الدفع الذي تقدم به هذا الطرف، فإن صح هذا الدفع، فإنه يعلن بقبول الدفع وبعدم اختصاصه. وثانيهما: أن يكون المستوى العلمي للمحكم ضعيفاً، شحيح المهارات والقدرات، ويفتقر إلى بعض المؤهلات، بحيث لا يستطيع

---

[١] **راجع ص٨٥ وما بعدها من هذه الرسالة.**

[٢] **ينظر تفصيلاً: أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢١٥ وما بعدها.**

[٣] **أنور علي الطشي، المرجع السابق، ص٢١٦.**

مواجهة الطرف الذي تقدم بالدفع بعدم اختصاصه، ويكون هذا المستوى الضعيف بيئة خصبة للطرف سيء النية فيستغله أفضل استغلال، وعليه يعلن هذا المحكم قبول الدفع، ويعلن عدم اختصاصه بناءً على القناعات التي تولدت لديه[١].

وفي هذه الحالة، فإن الطرف الآخر لن يبقى ساكتاً تجاه هذا الموقف، بل يتخذ طريق الطعن، برفع دعوى بطلان حكم المحكم في مسألة اختصاصه، أمام المحكمة المختصة.

والحقيقة إن هذه الحالة الأخيرة تفتقر لنص تشريعي ينظمها، كما إن الفقه قد اختلف في معالجتها وانقسم إلى رأيين بصددها وهما:

الرأي الأول: ويرى أن المحكم لا يصدر حكماً بعدم الاختصاص، وإنما يعلن فقط رفضه للفصل في النزاع، فهو لا يتصرف كقاضٍ، وإنما كفرد عادي. فقراره بعدم اختصاصه لا يعد حكماً قضائياً وبالتالي فلا يقبل الطعن فيه[٢].

أما الرأي الثاني: فيرى أصحابه[٣]أن الطعن ليس واقعاً على إعلان المحكم بعدم اختصاصه، بقدر ما هو واقع على الأساس الذي بُني المحكم عليه حكمه، كبطلان اتفاق التحكيم مثلاً، فإذا رأى قاضي المحكمة المختصة، صحة الأساس الذي بني علية المحكم قبوله، الدفع بعدم الاختصاص، فإنه يرفض الطعن الذي تقدم به الطرف الآخر ويتصدى للنزاع. أما إذا رأى قاضي المحكمة المختصة، عدم صحة الأساس الذي بنى عليه المحكم حكمه، قضى بقبول الطعن، أي بصحة اتفاق التحكيم، وهنا يعيد القاضي النزاع إلى المحكم، ويأمره بأن يفصل فيه، فإذا رفض المحكم ذلك، فقد ذهب بعض الفقه[٤] إلى انه يعتبر منكراً للعدالة ويجب أن يتولى محكم آخر بدلاً منه مهمة الفصل في النزاع.

ونحن نؤيد هذا الرأي الثاني لقوة أسانيده وأطارحه، كما انه حكم المحكم هو أصلاً يخضع للرقابة القضائية اللاحقة من قبل المحكمة المختصة، وبالتالي فإن ما تقوم به هذه الأخيرة هو أجراء صحي.

---

**(١)أنور علي احمد الطشي، المرجع نفسه، ص٢١٩.**

**(٢)عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص١٥٧.**

**(٣)علي رمضان بركات، المرجع السابق، بند٢٧١، ص٣٦٥، أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٥١.**

(٤) **P. Mayer, op. cit. p.368. no.38.**

**أشار إليه: احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٥١.**

# الخاتمة

بعد أن عالجنا موقف القانون العراقي من استقلالية اتفاق التحكيم ومقارنته بين القوانين الأخرى محل الدراسة، واستندت إلى ما جاء به الفقه والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ومراكز التحكيم الدائمة وأحكام التحكيم التي صدرت بهذا الخصوص، فإننا نسلم بأن القانون العراقي قد أتخذ موقفاً سلبياً حيال التحكيم بصورة عامة، كون العراق منغلق على التجارة الدولية، وكونه يعتبر التحكيم وسيلة عدائية تمس بسيادته هذا من جهة. ون جهة أخرى لم يكرس القانون العراقي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ضمن نصوصه القانونية، إذ جاءت قواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية مطلقة وعامة.

وقد لاحظنا أن مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتخذ أكثر من معنى، فهو يتخذ معنى تقليدياً ينصرف إلى الاستقلال المادي عن العقد الأصلي، أي أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه يجب أن لا تؤثر على اتفاق التحكيم سواء ورد هذا الاتفاق ضمن بنود العقد الأصلي أو باتفاق مستقل.

أما المعنى الحديث فيقصد به استقلال اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي وعن سائر القوانين الوطنية. وتوصلنا في الوقت ذاته انه لا يعني أن يصبح هذا الاتفاق بدون قانون، وإنما فقط بدون تنازع قوانين، أي أنه لا يكون في فراغ قانوني، بل تسري عليه قواعد قانونية أخرى مستمده من مبادئ وعادت التجارة الدولية.

وقد لاحظنا أيضاً، أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتمتع بأهمية بالغة جعلته يحتل مكانة كبيرة في عقود التجارة الدولية، لما يتمتع به من دور فاعل في التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد. وتوصلنا إلى أن هذا المبدأ لا يعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافة، أي عدم استقلالية اتفاق التحكيم وإنما تبعيته للعقد الأصلي.

كما يتمتع هذا المبدأ بمبررات عدة جعلته بمنأى عن مصير العقد الأصلي، ولعل أهم هذه المبررات هو اختلاف موضوع كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج فيه، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال، طالما إن هذا العقد لا يخالف

النظام العام. أما اتفاق التحكيم فموضوعه حل أي نزاع مستقبلي يمكن أن ينشأ بسبب تنفيذ العقد الأصلي أو لسبب خارجي لا دخل لإرادة الأطراف فيه.

ووصلنا إلى موقف الأنظمة القانونية من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. فعلى المستوى الدولي لاحظنا أن اغلب الاتفاقيات الدولية لم تنص بصورة صريحة على هذا المبدأ وإنما كرسته بصورة ضمنية. أما قانون اليونسترال النموذجي الصادر عام ١٩٨٥ والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦، وقواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الصادرة عام ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة لعام ٢٠١٠ فقد نصت بشكل صريح على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. كما أقرت معظم لوائح أو أنظمة التحكيم الدائمة ذات الطبيعة الدولية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ضمن قواعدها القانونية. ولاحظنا أيضاً إن موقف قضاء التحكيم التجاري الدولي كان ايجابياً بهذا الخصوص ورأينا أن هنالك العديد من الأحكام الدولية التي كرست هذا المبدأ.

أما على المستوى الوطني، فقد تطرقنا لموقف القانون العراقي من التحكيم بصورة عامة ورأينا أنه لا يوجد ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية الحالي أي إشارة إلى التحكيم الدولي وإنما اقتصرت على التحكيم الداخلي الذي يجري داخل العراق، وبالأخص التحكيم الحر، فلا وجود للتحكيم المؤسسي، إذ لا توجد أية مؤسسة تحكيمية في العراق.

أما عن موقفه من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم فلم يتضمن قانون المرافعات أي نص صريح يشير إلى الأخذ بهذا المبدأ. وبناءً على ذلك، اتجهت الجهود لأعداد مشروع قانون للتحكيم التجاري الدولي ليكون من بين أهدافه إيجاد قواعد تحكيم تنسجم مع قواعد التحكيم التجارية الدولية. وكان هذا المشروع قد نص بشكل صريح على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بنص صريح لا لبس فيه ولا غموض.

أما القانون المقارن، فقد لاحظنا إن بعض التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم قد أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بنصوص صريحة ضمن أنظمتها القانونية. ولاحظنا بعضها انه لا توجد أي إشارة إلى هذا المبدأ ولكن اجتهادها القضائي كرسها بأحكام قضائية مثل لبنان.

وانتهينا أيضاً، إلى النتائج المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهذه النتائج كما رأينا تتمحور حول نتائج مباشرة وأخرى غير مباشرة. بالنسبة للنتائج المباشرة فإنها تتمحور حول نتيجتين هما: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي. بمعنى إن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق.

وتساءلنا حينما تطرقنا لنطاق قاعدة عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، حول مدى التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في حالة انعدام العقد. ولاحظنا ان الفقه قد انقسم بين اتجاهين، منهم من يذهب للتفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، فاتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، بينما على العكس من ذلك يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه. ومنه من يرفض هذه التفرقة باعتبارها من المسائل الشائكة التي لا داعي لها. ورأينا من جانبنا أن التمييز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، يتصف بالواقعية والمنطق ويتماشى مع متطلبات التجارة الدولية. وذلك لأن انعدام العقد يعني عدم وجود الإرادة الحقيقية للأطراف وبالتالي انعدام الاتفاق على التحكيم.

وتطرقنا إلى النتيجة الثانية المباشرة وهي عدم إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي. ولاحظنا أنه لم يكن هناك اتجاه موحد من قبل الفقه على تحديد طبيعة هذا القانون، كما إن الأنظمة القانونية الدولية والوطنية لم تشر بصورة صريحة ضمن نصوصها القانونية للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ورأينا من جانبنا أن الاتجاه السائد لدى الفقه هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، أي القانون المختار صراحةً من قبل الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم. وفي حالة غياب هذا القانون المختار، فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة مقر التحكيم أو القانون المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد موضوع النزاع.

وانتهينا بعد ذلك إلى النتائج غير المباشرة، وتتمثل بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه والمعروف اصطلاحاً بـ(مبدأ الاختصاص بالاختصاص). ولاحظنا إن هذا المبدأ يعتبر المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحيلولة دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، كما يعطي للمحكمين صلاحية البت باختصاصهم.

كما لاحظنا أن أساس هذا المبدأ يستمد من التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وكذلك الاتفاقيات الدولية وقرارات الهيئات الدولية ذات الطبيعة الصلة، وأيضاً لوائح هيئات التحكيم التي حرصت بصورة صريحة على النص على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. كما لاحظنا أن نطاق تطبيق هذا المبدأ لا يقتصر على التعرض لصحة اتفاق التحكيم فحسب، بل يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في اختصاصها، ولو أرتبط ذلك بالتعرض لصحة العقد الأصلي المبرم بين الطرفين.

وقد تطرقنا إلى الآثار التي يرتبها مبدأ الاختصاص بالاختصاص وهما الأثر الإيجابي والذي يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص. والأثر السلبي الذي يتمثل بالسماح للمحكمين ليس فقط البت في مسألة اختصاصهم وإنما الفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى. وقد توصلنا إلى أن أغلب الأنظمة القانونية تعطي الخيرة للمحكم بأن يعلن قراره بالاختصاص في حكم تمهيدي أو في حكم نهائي. ولكنها اختلفت في طريقة الطعن على قرار هيئة التحكيم التمهيدي بالاختصاص إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.

أما فيما يخص حالات إعمال المحكم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فقد لاحظنا إن هنالك عدة حالات تستدعي على المحكم أن يحسم أمره فيها وأن لا يقف صامتاً تجاهها، بل لأ بد من التدخل السريع ولأول وهلة يثير فيها مسألة اختصاصه تلقائياً.

وقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى جملة من المقترحات المتواضعة لعلها قد تفيد القائمين على أعداد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي في إخراجه بالشكل المناسب ومن أهم هذه المقترحات هي:

١- نقترح على المشرع العراقي ضرورة الإسراع بإقرار مشروع قانون التحكيم الجديد، خصوصاً وان العراق بعد فترة الاحتلال عام ٢٠٠٣ قد أخذ بالانفتاح على دول العالم وتسارع وتيرة الاستثمارات الأجنبية فيه.

٢- إن مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي سحب الأحكام المقتبسة من القانون النموذجي التي خصصت أصلاً للتحكيم التجاري الدولي دون التحكيم الداخلي، وترك مسألة تنظيم

التحكيم المحلي للقواعد العامة، وبخاصة قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩. لذا نقترح بضرورة أن تكون هناك وحدة للوعاء التشريعي في مشروع القانون تضم كلا النوعين من التحكيم مع إيجاد نظام خاص للتحكيم الداخلي يختلف عن التحكيم الدولي، وأن تُلغى النصوص التي تنظم التحكيم المحلي من قانون المرافعات المدنية.

٣- ورد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي خالياً من فكرة إنشاء مراكز للتحكيم التجاري تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالتحكيم، كما فعلت بعض قوانين التحكيم العربية. لذا نقترح بإنشاء هذه المراكز في مشروع القانون لأهميتها مع إعداد كوادر متخصصة في هذا الشأن.

٤- ضرورة انضمام العراق إلى معاهدة نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والموقعة سنة ١٩٥٨ والمصادقة على أحكامها، على أن يرد تحفظ على الانضمام مفاده أن هذه الإتفاقية تسري على أحكام التحكيم الصادرة من تاريخ توقيعها فقط، لأن بهذا التحفظ يجعل العراق بمنأى من الأعباء المالية الملقاة على عاتقه من خلال أحكام التحكيم الصادرة في وقت سابق.

٥- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٨) من مشروع قانون التحكيم الجديد بإضافة عبارة إلى آخر المادة تفيد ما أخذ به القانون الفرنسي واللبناني الذي اعتبرا انه إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر كأن لم يكن.

٦- نقترح على المشرع العراقي النص بشكل صريح في مشروع قانون التحكيم على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ليكون القانون الأول هو القانون المختار بواسطة الأطراف، وفي حالة غياب القانون المختار من قبل الأطراف فإن قانون مكان التحكيم يكون هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

٧- نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في المادة (١٨/خامساً) من مشروع قانون التحكيم الجديد وجعلها على غرار ما ذهب إليه المشرع المصري من عدم جواز الطعن على قرار هيئة التحكيم التمهيدي إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.

# المراجع

## أولاً- المراجع العامة:


١- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان النشر، ٢٠٠٢.

٣- أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٤- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٥- إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء العاشر والحادي عشر، التحكيم، بدون ذكر دار نشر، ١٩٨٨.

٦- أسامة أحمد المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية ولطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٧- أسامة عبد الرزاق أسطه، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الدولية، الجزء الثاني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٩.

٨- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٩- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

١٠- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١١- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

١٢- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٣- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٤- عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، القاهرة، ١٩٩٨.
١٥- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
١٦- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الأول والثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
١٧- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
١٨- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠.
١٩- فارس محمد عمران، موسوعة الفارس في قوانين ونظم التحكيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٠- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢١- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٢٢- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٠.
٢٣- محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
٢٤- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٥- محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابق الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٢٦- محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٢٧- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٢٨- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٩- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول والثالث، النسر الذهبي للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان النشر، ٢٠٠٠.
٣٠- مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٨.
٣١- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٧.
٣٢- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٣٣- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

## ثانياً- المراجع الخاصة:

١- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٢- أحمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٣- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٤- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٥- أنور علي الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٦- حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٧- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٨- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٩- حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٠- خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

١١- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.

١٢- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٣- علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٤- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

١٥- مصطفى أحمد ترو، سلطة المحكم الدولي في تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع، الطبعة الأولى، بدون ذكر دار نشر، ١٩٩٢.

١٦- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

١٧- ناصر ناجي جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

١٨- هاني محمد كامل، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمارات البترولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

١٩- هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

## ثالثاً- الرسائل والأطاريح:

١- حسنين جبار شكير، تنفيذ أحكام المحكمين في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٢.

٢- حسنين حسن عبدالكريم، التحكيم الدولي وتحقيق التوازن في عقود الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٤.

٣- ريما شرف الدين الحوت، البند التحكيمي في القانون اللبناني، رسالة دبلوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، الفرع الأول، بيروت، ٢٠٠٠.

٤- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

٥- ظاهر مجيد قادر، الاختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، ٢٠١٢.

٦- عاطف بيومي شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعية عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.

٧- عبد الحميد علي عبد الله، اتفاق التحكيم في القانون الليبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٣.

٨- علاء عزيز الجبوري، عقد الترخيص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٠.

٩- علي سعد الله خليل، دور القضاء في التحكيم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٢.

١٠- محمد حسين حاج علي، النظام القانوني للاتفاق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة دبلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، الفرع ألأول، بيروت، ١٩٩٩/٢٠٠٠.

## رابعاً- الدراسات والبحوث والتعليقات:

### أ- الدراسات:

١- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٧، ١٩٨١.

٢- إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم، مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم، العدد الثالث، ٢٠٠٠.

٣- أحمد سلمان السعداوي و حسن موسى التميمي، الاستثمار النفطي في العراق، مجلة القانون، صادر عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد الثاني، ٢٠١٠.

٤- أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة منشورة في كتابه دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٥- رضوان عبيدات، الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم التجاري وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، صادرة عن كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد ٣٨، العدد الثاني، ٢٠١١.

٦- روجيه عاصي، هل آن الأوان لإعادة النظر في قانون التحكيم اللبناني؟، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢.

٧- سامي بديع منصور، النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان: مرونة التطبيق، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ٢٠٠٤.

٨- سعد مومي، البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم في المغرب (الدولي والداخلي)، مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع، السنة الثالثة، ٢٠١٠.

٩- سميحة القليوبي، دور القضاء المصري في تفعيل اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠.

١٠- عبد الحميد الأحدب، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف، وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد خاص، بدون ذكر سنة النشر.

١١- عبد الحميد الأحدب، آخر مبتكرات التسويف والمماطلة: استقالة المحكم ... هل المحكمة المبتورة هي الحل؟ مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، السنة الثانية، ٢٠١٠.

١٢- عبد العظيم المغربي، الدفوع المختلفة في المنازعات التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الأول، ١٩٩٩.

١٣- عبده جميل غصوب، وسائل المماطلة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، تموز (يوليو)، ٢٠٠١.

١٤- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد٣٧١، السنة التاسعة والستون، ١٩٧٨.

١٥- غالب علي الداوودي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مجلة القانون المقارن، صادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الرابع عشر، السنة التاسعة، بغداد، ١٩٨٢.

١٦- فتحي والي، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن، السنة الثانية، ٢٠١٠.

١٧- فوزي محمد سامي، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، ٢٠١٢.

١٨- محمد صلاح الدين عبد الوهاب، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص والمقارن، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٠.

١٩- محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم، العدد الثامن، ٢٠٠٠.

٢٠- مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، ١٩٩٨.

٢١- مصطفى محمد الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، ٢٠٠١.

٢٢- مهيب معماري، الإبقاء على الاختصاص القضائي في ظل وجود البند التحكيمي، مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع، السنة الأولى، ٢٠١١.

## ب- البحوث:

- مؤتمر " تعديل قواعد اليونسترال"، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٠، مجلة التحكيم العالمية، ملحق العدد الثامن، ٢٠١١:

١- محي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم: استقلاله وصياغته.

## ج- التعليقات:

١- هادي سليم، تعليق على القرار التحكيمي رقم (٩٥١٧) الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس، ٢٠١٠.

## خامساً- المواقع الإلكترونية:

١- الموقع الخاص بقاعدة التشريعات العراقية:

http://www.iraq-ild.org.

٢- الموقع الخاص بقاعدة التشريعات المصرية:

http://www.arablegalportal.org.egyptvendicts.

٣- الموقع الخاص بقاعدة التشريعات الأردنية:

http://www.lob.gov.jo.

٤- موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (اليونسترال):

www.uncitral.org.

٥- موقع البنك الدولي:

http://icsid.wordbank.org.

٦- الموقع الرسمي لوزارة النفط العراقية:

http://www.oil.gov.iq.

٧- الموقع الخاص باتفاقية جنيف الأوربية لعام ١٩٦١:

www.capital-law-firm.com

## سادساً- القوانين والاتفاقيات الدولية:

### أ- القوانين:

١- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣.

٢- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

٣- قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

٤- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٦- المرسوم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية.

٧- مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي.

### ب- الاتفاقيات الدولية:

١- اتفاقية جنيف الأوربية لعام ١٩٦١.

٢- اتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧.

٣- اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨.

٤- اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام ١٩٦٥.

# الفهرس